أسنى المطالب

شرح روض الطالب

للقاضي أبي يحيى زكريّا الأنصاري الشّافعيّ
المتوفّى سنة ٩٢٦هـ

ومعه

حاشية الشيخ أبي العبّاس بن أحمد الرملي الكبير
المتوفّى سنة ٩٥٧هـ

ضبط نصّه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه
الدكتور محمّد محمّد تامر
كلية دار العلوم ـ قسم الشريعة

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:
البيوع ـ السّلم ـ الرّهن ـ التفليس ـ الحجر
الصلح ـ الحوالة ـ الضمان

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السّنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان



الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١ م

دار الكتب العلميـة

بيروت ـ لبنان

رمل الظريف، شـارع البحتري، بنايـة ملكـارت

هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)

صندوق بريد : ١١ ـ ٩٤٢٤ بيروت ـ لبنـان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor

Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Etage

Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98

B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-0316-4



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

/ قال الشيخُ الإمامُ والحبرُ الهمامُ صَدرُ المدرِّسينَ زَينُ المِلَّةِ والدِّينِ أبو يحيى زَكريَّا الأنصاريُّ الشافعيُّ تغمَّدَه الله برَحمَتِه : ٢/٢

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصَلَّى الله على سَيِّدِنا مُحَمَّدٍ وآلِه وصَحبه وسَلَّمَ

(كِتابُ البُيُوعِ)

جَمعُ بيعٍ ، وهو اسمُ جِنسٍ ، وجَمعه لاختِلافِ أنواعِه ؛ لأنَّه يقَعُ على بيعِ عَيْنٍ ودَيْنٍ ومَنفعَةٍ ، ويُطْلَقُ على أمرينِ :

أحدِهما : قَسيمِ الشِّراءِ ، وهو الذي يُشتقُّ منه لِمَنْ صَدرَ عنه لفظُ البائِعِ (١) ، وحدُّه : نَقْلُ مِلْكٍ بثَمَنٍ على وجهٍ مخصوصٍ ، والشِّراءُ قَبولُ ذلك على لفظِ كُلٍّ منهما يقَعُ على الآخَرِ تقولُ العرَبُ بعتَ بمعنى اشتريت وبالعكسِ ، قال الله تعالى : ﴿وشروْه بثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف : ٢٠] وقال : ﴿ولَبِئْسَ ما شروْا به أنفُسَهم﴾ [البقرة: ١٠٢] ويُقالُ لِكُلٍّ من المتبايِعَيْنِ بائِعٌ وبَيِّعٌ ومُشترٍ وشارٍ .

الثاني : العقدِ المركَّب من الإيجاب والقَبولِ ، وهذا مُرادُهم بالترجَمَةِ ، وهو لُغةً مُقابَلَةُ شيءٍ بشيءٍ ، وشرعًا مُقابَلَةُ مالٍ بمالٍ على وجهٍ مخصوصٍ ، والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ آياتٌ لقوله تعالى : ﴿وأحَلَّ الله البيعَ﴾ [البقرة :٢٧٥] وقولُه : ﴿لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بالباطِلِ إلا أنْ تكونَ تِجارَةً عن تراضٍ منكُمْ﴾ [النساء :٢٩] وأخبارٌ كخَبَرِ «سُئِلَ النَّبيُّ ﷺ أيُّ الكسب أطيبُ ؟ فقال : «عَمَلُ الرَّجُلِ بيدِه ، وكُلُّ بيعٍ مَبْرورٍ لا غِشَّ فيه ولا خيانَةَ» رواه الحاكمُ وصحّحه (٢) ، وخَبَرُ : «إنَّما البيعُ عن تراضٍ» رواه ابنُ حِبَّانَ وصححه (٣) ، قال في المجمُوعِ تبعًا للغزاليِّ : وأركانُه

---

(١) (قولُه : لَفظُ البائِعِ) بالهَمزَةِ .

(٢) رواه الحاكم في المستدرك (١٢/٢) حديث (٢١٥٨) ، والحديث رواه أحمد في مسنده (٤٦٦/٣) حديث (١٥٨٧٤) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٣/٥) حديث (١٠١٧٧) .

(٣) رواه ابن حبان (٣٤٠/١١) حديث (٤٩٦٧) ، ورواه أبو يعلى في مسنده (٥٠١/٢) حديث (١٣٥٤) .

ثَلاثَةٌ : صيغَةٌ ، وعاقِدٌ ، ومَعقودٌ عليه . واختارَ الرَّافعيُّ أنَّها شُروطٌ له (١) ، وقد ذَكرت دَليله والجوابَ عنه في شرحِ البَهجَةِ .

٣/٢ /(بابُ ما يصِحُّ به البيعُ)

عَبَّرَ عمَّا ذَكرته ما يحتمِلُ الأركان والشُّروطَ مُبتدِئًا بالصِّيغَةِ ، لأنَّها أهَمُّ للخِلافِ فيها ثُم بالعاقِدِ ثُم بالمعقودِ عليه لِتقَدُّمِ الفاعِلِ على المفعولِ طَبْعًا ، فقال : (ويُعتبَرُ في صِحَّتِه ثَلاثَةُ أُمورِ الأولُ الصِّيغَةُ) (٢) لأنَّ البيعَ مَنوطٌ بالرِّضا لِما مَرَّ والرِّضا أمرٌ

(١) (قولُه : واختارَ الرَّافِعيُّ أنَّها شُروطٌ) قال : لأنَّ المُعاطاةَ بَيْعٌ عندَ جَماعَةٍ ولا صيغَةَ ، ولأنَّه إذا أُريدَ أنَّه لا بُدَّ من وُجودِها لِتدخُلَ صورَةُ البيعِ في الوُجودِ فليعُدَّ الزَّمانَ والمكان ونحوهما من الأُمورِ العامَّةِ أركانًا ، وإنْ أُريدَ أنَّه لا بُدَّ من تصَوُّرِها ليتصوَّرَ البيعَ فليخرُجْ العاقِدُ والمعقودُ عليه ، إذ البيعُ فِعلٌ ومورِدُ الفِعلِ وفاعِلُه لا يدخُلانِ في حَقيقَته ، ولهذا لَم يعُدَّ المُصَلِّيَ والحاج رُكنَيْنِ في الصَّلاةِ والحجِّ ، ويُجابُ عن الأوَّلِ بأنَّ بَيْعَ المُعاطاةِ بتقديرِ صِحَّته مُستثنًى على أنَّ إيرادَه لازِمٌ بتقديرِ جَعلِ الثلاثَةِ شُروطًا أيضًا ، وعن الثاني باختيارِ الشِّقِّ الأوَّلِ منه وإنَّما لَم يعُدَّ الزَّمانَ والمكان ونحوهما لِعَدَمِ اختصاصِها بالبيعِ وباختيارِ الثاني ، ولا يُرادُ بالرُّكنِ ما تركَّبَ حَقيقَةُ الشيءِ منه ومن غيرِه ليلزَمَ أنْ يكونَ موردُ الفِعلِ وفاعِلُه داخلَيْنِ في حَقيقَةِ البيعِ بل المُرادُ به كما قال ابنُ الصَّلاحِ ما لا بُدَّ لِلشيءِ منه في وُجودِ صورَته عَقلا إمَّا لِدُخوله في حَقيقَته أو اختصاصِه به فخَرَجَ الشرطُ فإنَّه لا بُدَّ منه في وُجودِ صورَته شرعًا ،والزَّمانُ والمكانُ ونحوهما لِما مَرَّ وأمَّا المُصَلِّي والحاجُّ فالكلامُ فيهما كما قاله ابنُ الرِّفعَةِ مُندرِجٌ في الكلامِ فيمَن تلزَمُه الصَّلاةُ والحجُّ فأغنَى عن ذكرِهما في الماهيَّةِ لكن قد يُقالُ ليس الكلامُ في مُطلَقِ ذكرِهما بل في ذكرِهما رُكنَيْنِ ولَم يُصَرِّحوا به فيما ذُكِرَ ، ويُجابُ بأنَّ ظاهرَ سياقِ ما ذُكِرَ أنَّهما ذكرا رُكنَيْنِ وإنْ لَم يُصَرِّحوا بشيءٍ ، وأجابَ الزَّنْجانيُّ بأنَّ الغزاليَّ بَنَى هذا على أصلٍ قَرَّرَه الشافِعيُّ وهو أنَّ النهيَ الوارِدَ في البياعات على قِسمَيْنِ :
أحدهما : يقتضي الفسادَ .
والثاني : ما لا يقتضيه ، وجَعل الضَّابطَ أنَّ ما كان النهيُ عنه بسَبَب مَفسَدَةٍ نَشأت من أحدِ أركانِ العقدِ فهو يقتضي الفسادَ كالنهيِ عن بَيْعِ مالِ الغيْرِ بدونِ إذْنِه والنهيِ عن بَيْعِ الخمرِ والكلب والخنْزيرِ والنهيِ عن بَيْعِ المُلامَسَةِ والمُنابَذَةِ فإنَّ المفسَدَةَ الدَّاعيةَ إلى النهيِ عنه في الأوَّلِ إنَّما هو أمرٌ راجِعٌ إلى العاقِدِ ، وفي الثاني إلى المعقودِ عليه ، وفي الثالِثِ إلى الصِّيغَةِ وما كان النهيُ عنه بسَبَبٍ عارِضٍ لِهذه الحيثيَّات خارِجٍ عنها فإنَّه لا يوجِبُ الفسادَ كالنهيِ عن البيعِ وقت النِّداءِ ، فعُلِمَ أنَّ الغزاليَّ جَعل العاقِدَ والمعقودَ عليه والصِّيغَةَ من أركانِ العقدِ ولَم يجْعَل الزَّمانَ والمكانَ من أركانِه بل جَعلهما أمرًا خارِجًا مُجاوِرًا له .

(٢) (قوله : الأوَّلُ الصِّيغَةُ) قال الإمامُ : لا حَصْرَ لِصَرائِحِه والرُّجوعُ فيه إلى العُرفِ .

خَفيٌّ لأنَّه مَيْلُ النَّفسِ ، فاعتُبرَ لفظٌ يدُلُّ عليه [١] ، ويحصُلُ (بالإيجاب) من البائِعِ (كـ «بعتُك») بكذا (أو مَلَّكتُك بكذا) وهذا مَبيعٌ منك بكذا أو أنا بائِعُه لَك بكذا ونَحوها كما بَحَثَه الإسنَويُّ وغيرُه [٢] قياسًا على الطَّلاقِ (والقَبول) من المشتري [٣] (كـ «اشتريت» [٤] وتملَّكت وقَبلت وكذا إنْ بَدَأَ المشتري) بكلامِه (و) كذا إن (اختلَف اللفظُ) من الجانِبين (فقال : اشتريت منك) هذا (بكذا فقال البائعُ : مَلَّكتُك أو قال) له (البائعُ مَلَّكتُك فقال اشتريت) لِحُصولِ المقصودِ بذلك [٥] (فإنْ بَدَأ بـ «قَبلت» لم يصِحَّ) إذْ لا ينتظِمُ الابتِداءُ به ، وهذا ما أفهَمَه كلامُ الأصلِ وبه صرّحَ الإمامُ ، والأوجَه الصِّحَّةُ [٦] كما جَزَمَ به الشيخانِ في نَظيرِه في النِّكاحِ ، وأشارَ بكافِ الخِطاب في صيغِ الإيجاب إلى اعتِبارِ الخِطاب فيها وإسنادِها لِجُملَةِ المخاطَب فلا يكفي قولُ البائِعِ بعت ، ولو بعدَ قولِ المشتري له بعت هذا بكذا ولا قولُه بعت يدَك أو نِصفك ولا بعت مُوكِّلَك بل يقولُ بعتُك أو مَلَّكتُك وإنَّما اكتفى في النِّكاحِ بأنكحت مُوكِّلَك بل يتعَيَّنُ لأنَّ الوكيلَ ثَمَّ سَفيرٌ مَحضٌ وقد لا يُعتبَرُ الخِطابُ كما سَيأتي بَيانُه في مَسألَةِ المتوسِّطِ .

(ويُشترَطانِ) أي الإيجابُ والقَبولُ (في عَقدٍ تولَّى الأبُ) وإن عَلا (طَرَفيه كالبيعِ) لِمالِه (من طِفلِه) [٧] وعَكسه فلا يكفي أحدُهما إذ معنى التحصيلِ غيرُ معنى الإزالَةِ وكالطِّفلِ المجنونُ ، وكذا السَّفيه بناءً على الأصَحِّ أنَّه لا يجوزُ تصرُّفُه في

---

(١) (قوله : فاعتُبرَ لَفظٌ يدُلُّ عليه) أي وإن عَلِمَ عَدَمَ الرِّضا باطِنًا بدَليلِ انعِقادِه مع الهزَلِ .

(٢) (قوله : كما بَحَثَه الإسنَويُّ وغيرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والقبولُ من المشتري) هل يُشترَطُ قَصدُ المشتري بقولِه الجوابَ أو الشرطُ بقولِه أن لا يقصِدَ الابتداءَ وجهانِ أصحُّهما الثاني .

(٤) (قوله : كاشتَرَيْتُ إلخ) قال في القوت : وعن أبي بَكرٍ الشاشيِّ أنَّ شرطَ القبولِ كونُه بلَفظِ الماضي فلا يصِحُّ بلَفظِ أقبَلُ أو أشتري أو ابتاعَ قال : ويُحتَمَلُ جَعلُه كِنايةً في القبولِ . ا هـ . الرَّاجِحُ أنَّه كِنايةٌ فيه ، ومِثلُه الإيجابُ .

(٥) (قوله : لِحُصولِ المقصودِ بذلك) أخرَجَ بذلك الابتداءَ بنَعَم فإنَّه لا ينعَقِدُ به .

(٦) (قوله : والأوجَه الصِّحَّةُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : كالبيعِ لِمالِه من طِفلِه) وعَكسِه فيقولُ بعت هذا لِطِفلي وقبلت له البيعَ ولو قال بعتُك بطَلَ الإيجابُ .

(تنبيهٌ) عُلِمَ منه أنَّه لو وكَّلَ وكيلا في الإيجاب والقبولِ فأتى بهما لَم يصِحَّ البيعُ فلا بُدَّ أن يوكِّلَ فيهما اثنَيْنِ ليأتيَ أحدُهما بالإيجاب والآخَرُ بالقبولِ وشَمِلَ كلامُه ما لو قَدَّمَ القبولَ بلَفظِ قبلت .

المالِ بإذنِ وليِّه ، وهذا إنْ بَلَغَ سَفيهًا وإلا فوليُّه الحاكِمُ فلا يتولَّى الطَّرَفيْنِ لأنَّ شَفقَته ليستْ كشَفقَةِ الأب ، وترجيحُ الاشتِراطِ فيما قاله من زيادَتِه وبه صرّحَ النَّوويُّ في مجْمُوعِه .

(فرعٌ : ولا ينعَقِدُ) البيعُ (بالمعاطاةِ) إذ الفعلُ لا يدُلُّ بوضعِه (واختارَ النَّوويُّ وجَماعَةٌ) منهم المتولِّي والبغَويُّ (الانعِقادَ) له (في كُلٍّ) أيْ بكُلِّ (ما يعُدُّه النَّاسُ بيعًا) لأنَّه لم يثبُتِ اشتِراطُ لفظٍ فيرجعُ للعُرفِ كسائرِ الألفاظِ المطْلَقةِ (وبعضُهم) كابنِ سُريجٍ والرُّويانيِّ (خَصَّصَ جوازَ) بيعِ (المعاطاةِ بالمحقَّراتِ) وهي ما جَرَتِ العادَةُ فيها بالمعاطاةِ كرَطْلِ خُبزٍ (فعلى الأولِ) وهو عَدَمُ صِحَّةِ البيعِ بالمعاطاةِ (المقْبوضُ بها كالمقْبوضِ بالبيعِ الفاسِدِ) فيُطالِبُ كُلٌّ صاحِبَه بما دَفعَ إليْه إنْ بَقِي وببَدَلِه إنْ تلِف (وقال الغزاليُّ) في الإحياءِ : (يتمَلَّكُه) يعني للبائِعِ أنْ يتملَّك الثَّمَنَ الذي قَبَضَه (إنْ ساوى) قيمَةَ ما دَفعَه ، لأنَّه مُستحِقٌّ ظَفِرَ بمِثلِ حَقِّه والمالِكُ راضٍ ، هذا كُلُّه في الدُّنيا ، أمَّا في الآخِرَةِ فلا مُطالَبَةَ لِطيبِ النَّفسِ بها ، واختِلافُ العُلماءِ فيها نَقَله في المجمُوعِ عن ابنِ أبي عَصْرونٍ وأقَرَّه قال : وخِلافُ المعاطاةِ في البيعِ يجْري في الإجارَةِ والرَّهْنِ والهبَةِ ونحوِها قال في الذَّخائِرِ : وصورَةُ المعاطاةِ [١] أنْ يتَّفِقا على ثَمَنٍ ومُثمَّنٍ ويُعطيا من غيرِ إيجابٍ ولا قَبولٍ وقد يُوجَدُ لفظٌ من أحدِهما .

(فرعٌ : لو قال) شَخصٌ (بصيغَةِ الأمرِ) لآخَرَ (بعني أو اشترِ مِنِّي) [٢] هذا

---

(١) (قوله : قال في الذَّخائِرِ وصورَةُ المُعاطاةِ إلخ) قال في المجموع : أمَّا إذا كان يأخُذُ الحوائجَ من البيَّاعِ ، ويُحاسِبُه بعدَ مُدَّةٍ ويُعطيه كما يفعَلُه كَثيرٌ من الناسِ فإنَّه باطِلٌ بلا خلافٍ ؛ لأنَّه ليس ببَيْعٍ لَفْظِيٍّ ولا مُعاطاةٍ ، قال الأذْرَعيُّ : وهذا ما أفتى به البغَويّ وذكرَ ابنُ الصَّلاحِ في فتاويه نحوه، والظَّاهرُ أنَّه قاله تفقُّهًا ومن كلامِه أخَذَ المُصَنِّفُ ، لكنَّ الغزاليَّ في الإحياءِ سامَحَ في ذلك ، وأخذُ الحاجات من البيَّاعِ يقَعُ على ضَرْبَيْنِ :

أحدِهما : أنْ يقولَ اعطِني بكذا لَحمًا أو خبْزًا مَثَلا وهذا هو الغالِبُ فيدفعُ إليه مَطْلوبَه به ، فيقبِضَه ويرضَى به ثم بعدَ مُدَّةٍ يُحاسِبَه ويُؤَدِّي ما اجتمع عليه فهذا مَجْزومٌ بصِحَّته عندَ مَن يجَوِّزُ المُعاطاةَ فيما أراه .

الثاني : أنْ يلتمِسَ مَطْلوبَه من غيرِ تعَرُّضٍ لِثَمَنٍ كأعطِني رَطْلَ لَحمٍ أو خُبزٍ مَثَلا فهذا مُحتمَلٌ وهو ما رَأى الغزاليُّ إباحَته ومَنَعَها المُصَنِّفُ ، والعُرفُ جارٍ به وهو عُمدَةُ الغزاليِّ في إباحَته .

(٢) (قوله : بعني أو اشترِ مِنِّي إلخ) ظاهرُ تمثيلِه يدُلُّ على تصويرِ المسألَةِ بالاستدعاءِ بالصَّريحِ فهل يجْري ذلك في الاستدعاءِ بالكِنايةِ أو يُقالُ إنْ قُلنا لا يصِحُّ في الصَّريحِ فهنا أولى ....=

بكذا (**فقال الآخرُ بعتُك أو اشتريت أو قد فعلْت**) أو نحوها صَحَّ لِدَلالَةِ الأمرِ على الرِّضا ، والأولُ يُسَمَّى استيجابًا [(١)] وإيجابًا ، والثاني استِقْبالا وقَبولا ، والتصريحُ بالترجيحِ في الثانيةِ من زيادَتِه (**لا إنْ جاءَ بصيغَةِ الاستِفْهامِ**) ولو مُقَدَّرًا (**فقال تبيعُني أو بعتني**) هذا بكذا فقال بعتُك فلا يصِحُّ (**فإنَّ جوابَه إيجابٌ يفتقِرُ إلى القَبولِ**) باشتريت أو نَحوِه فلا يصِحُّ بدونِه (**أو**) قال/ (**تشتري مِنِّي أو اشتريت مِنِّي**) هذا بكذا (**فقال اشتريت لم يكفِ حتّى يقولَ بعدَه بعتُك**) أو نَحوه فإنَّ جوابَه قَبولٌ يفتقِرُ إلى الإيجاب فلا يكفي بدونِه . ٤/٢

(**فرعٌ : بالكِنايةِ مع النِّيَّةِ** [(٢)] **تصِحُّ العُقودُ ولو لم تقبل التعليقَ**) أو لم يستقِلَّ بها الشخصُ كالبيعِ والإجارَةِ لِحُصولِ المقصودِ بها كالصَّريحِ (**إلا فيما يجِبُ فيه الإشهادُ كالنِّكاحِ و بيعِ شرطٍ على وكيلِه**) أي الوكيلِ به (**الإشهادُ فيه**) [(٣)] فلا ينعَقِدُ بالكِنايةِ لأنَّ الشُّهودَ لا يطَّلِعونَ على النِّيَّةِ نَعَم لو توفَّرتِ القَرائِنُ عليه في الثانيةِ قال الغزاليُّ : فالظَّاهرُ انعِقادُه [(٤)] وأقَرَّه عليه الأصلُ ، لكنْ قال في المطْلَب : إنَّه مُخالِفٌ لكلامِ الأئِمَّةِ انتهى . وعلى الأولِ قد يُفرَّقُ بينه وبين النِّكاحِ بأنَّ النِّكاحَ يُحتاطُ له أكثَرَ وصورَةُ الشرطِ أنْ يقولَ : بع على أنْ تشهَدَ فإنْ قال بع وأشهَدَ لم

= وإلا فوجهانِ ، وقال شيخُنا الظَّاهرُ جَرَيانُه .

(١) (قوله : والأوَّلُ يُسَمَّى استيجابًا) أي الأوَّلُ من الشِّقَّيْنِ .

(٢) (قوله : بالكِنايةِ مع النِّيَّةِ إلخ) سَكَت الأصحابُ عن مَحَلِّ النِّيَّةِ وذكروا في كِتاب الطَّلاقِ خلافًا أنَّه يُشترَطُ اقترانُ النِّيَّةِ بكُلِّ اللَّفظِ أو يكفي بأوَّلِه أو بآخرِه فيُحتمَلُ أن يُقال بجَرَيانِها هنا ، ويُحتمَلُ المنعُ بل الشرطُ هنا وُجودُها في جميعِ اللَّفظِ ، ويُفرَّقُ بأنَّ الطَّلاقَ يستقِلُّ به بنفسِه بخلافِ البيعِ .

(تنبيهٌ) من ألفاظِ القبولِ رَضيت كما نَصَّ عليه الرُّويانيُّ والقاضي أبو الطَّيِّب ، وفي فتاوى القفَّالِ رَجُلٌ عليه عَشَرَةٌ فجاءَ بثوبٍ وقال لِرَبِّ الدَّيْنِ رَضيت هذا الثوبَ بالعشَرَةِ التي لَك عليَّ فقال رَضيت فإنَّه لا يكونُ بَيْعًا أو يقولُ مَنْ عليه الدَّيْنُ رَضيت هذا الثوبَ بتلك العشَرَةِ كان بَيْعًا ، وعلى هذا لو أنَّ رَجُلا عَرَضَ ثوبًا على آخَرَ ، فقال : رَضيت هذا الثوبَ بعَشَرَةٍ فقال رَضيت لم يكُنْ بَيْعًا .

(٣) (قوله : وبَيْعُ شرطٍ على وكيلِه الإشهادُ فيه) قال الجلالُ البُلقِينيُّ : هل يُشترَطُ في هذَيْنِ الشاهدَيْنِ أن يكونا عدلَيْنِ في الباطِنِ ؟ لم أرَ مَن تعرَّضَ لِذلك والأقربُ الاكْتفاءُ بالسَّتْرِ ، وقولُه : والأقربُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال الغزاليُّ فالظَّاهرُ انعِقادُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

يكن الإشهادُ شرطًا ، صرّحَ بذلك المرعَشيُّ (١) واقتضاه كلامُ غيرِه (فقولُه : خُذْه أو تسلَّمْه) بكذا (٢) (أو جَعَلْته لَكَ بكذا أو باعَكَ) هـ (الله) بكذا (كأقالك الله) منه أو رَدَّه الله عليك (في الإقالةِ أو بارَكَ الله لَكَ فيه أو سَلَّطْتُك عليه بكذا) أو نَحوها (كِنايةٌ في البيعِ) فينعَقِدُ بها مع النِّيَّةِ ولو أخَّرَ عن هذا قوله كأقالك الله في الإقالةِ كان أوضَحَ ، والتقديرُ فيه أقالك الله لأنِّي أقَلْتُك (لا أبَحتك إيَّاه بكذا) فليس كِنايةً فيه ، قال في المجموعِ : لأنَّه صَريحٌ في الإباحَةِ فلا يكونُ كِنايةً في غيرِها (٣) ، وفيه نَظَرٌ بل ينبَغي أن ينعَقِدَ به البيعُ وإلا أشكلَ بانعِقادِه بلفظِ الهبَةِ المصرّحِ فيه بأنَّه مع ذِكرِ العِوضِ صَريحٌ في البيعِ (٤) وبما تقرَّرَ عُلِمَ أنَّ للبيعِ صَرائحَ وكِناياتٍ كغيرِه من العُقودِ والحُلولِ ، وصَريحُ كُلِّ بابٍ ما وُضِعَ له فلا يُفهَمُ منه غيرُه وكِنايتُه ما احتمَله وغيرُه .

(تنبيهٌ) هل الكِنايةُ الصِّيغَةُ وحدَها أو مع ذِكرِ العِوضِ فيه التِفاتٌ إلى أنَّ مَأخَذَ صَراحَةِ لفظِ الخُلْعِ في الطَّلاقِ ذِكرُ العِوضِ أو كثرَةُ الاستِعمالِ ، والأصَحُّ في الرَّوْضَةِ الأولُ وفي غيرِها الثاني ، فتكونُ صورَةُ الكِنايةِ على الأولِ والصِّيغَةِ وحدِها (٥) ، فيصِحُّ العقدُ بها مع ذِكرِ العِوضِ بل قيلَ أو مع نيَّتِه والذي في الأصلِ

---

(١) (قولـه : صَرَّحَ بذلك المرعَشيُّ) أي في ترتيب الأقسامِ فقال ما نَصُّه : كُلُّ موضِعٍ خالَف فيه الوكيلُ ما أمَرَه به الموكِّلُ بطَلَ البيعُ إلا في مَسألَةٍ واحدَةٍ وهي ما لو قال بع وأَشْهِدْ فباعَ ولَمْ يُشْهِدْ فإنَّه لا يبطُلُ . ا هـ . ويُؤَيِّدُه ما حَكاه في الرَّوضَةِ عن فتاوى البغَويِّ قُبَيلَ باب التفويضِ في الصَّداقِ ، ولو قال الوليُّ لِلوكيلِ لا تُزَوِّجها إلا بشرطِ أنْ تُرهَنَ بالصَّداقِ أو يتكَفَّله فلانٌ صحَّ ، وعلى الوكيلِ الاشتراطُ فإنْ أهمَله لَم يصِحَّ النِّكاحُ ولو قال زَوِّجها بكذا وخُذْ به كَفيلا فزَوَّجَها بلا اشتراطٍ صحَّ النِّكاحُ ، لأنَّه أمَرَه بأمرَيْنِ ، فخالَف أحدَهما ، (قوله : صَرَّحَ بذلك المرعَشيُّ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال في التدريب وما قاله مَمنوعٌ .

(٢) (قوله : أو تسلَّمه بكذا) أو هو لَكَ بكذا أو هذا لَكَ بكذا .

(٣) (قوله : فلا يكونُ كِنايةً في غيرِها) لِمُنافاته لِلبَيْعِ من وجهَيْنِ ، إذ الإباحةُ تُنافي التمليكَ ، وكونُها مجّانًا يُنافي ذكرَ العِوضِ الذي هو رُكنٌ من أركانِ البيعِ كُلِّه وينبَغي أن يكونَ مَأخَذُ المنعِ تهافُت الصِّيغَةِ كما في بعتُك بلا ثَمنٍ فإنَّ الإباحةَ تقتضي عَدَمَ المُعاوضَةِ وذكرَ العِوضِ يُنافيها ر .

(٤) (قوله : بأنَّه مع ذكرِ العِوضِ صَريحٌ في البيعِ) لِدَلالتَه على التمليكِ مع اقترانِه بذكرِ العِوضِ الذي لا تُنافيه الهبةُ بل غايتُها أنَّها لا تقتضيه ك .

(٥) (قوله : فتكونُ صورَةُ الكِنايةِ على الأوَّلِ والصِّيغةِ وحدها) فائِدَةُ الخلافِ وُجوبُ مُقارَنَةِ النِّيَّةِ لِلصِّيغَةِ وحدَها أوَّلها مع ذكرِ العِوضِ .

وغيرِه تصْويرُها بالصِّيغَةِ مع ذِكرِ العِوضِ ، والأولُ أوجَه .

(فـرعٌ : الكِتابَـةُ بالبيعِ ونَحـوِه) (١) عـلى لـوحٍ أو ورَقٍ أو أرضٍ أو نَحوِهـا (لا على المائعِ والهَواءِ إلى الغـائِب كِنايـةٌ) في ذلـك فينعَقِدُ بها مع النِّيَّةِ لِحُصولِ التراضي (٢) بخِلافِ الكِتابَةِ على المائعِ ونَحوِه ، لأنَّها لا تثبُتُ ، وتعبيرُه بالمائعِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالماءِ (فيُشـترَطُ القَبولُ) مـن المكتوباتِ إليه (حـالَ الاطِّلاعِ) ليقترِنَ بالإيجاب بقدرِ الإمكانِ (فإذا قَبلَ فله الخيـارُ) ما دامَ (في مَجْلِسِ قَبولِه) ويثبُتُ (الخيـارُ للكاتِب) مُمتدًّا (إلى أنْ ينقَطِعَ خيارُ صاحِبه) حتى لو عَلِمَ أنَّه رجع عن الإيجاب قبلَ مُفارَقَةِ المكتوب إليه مَجْلِسِه صَحَّ رُجوعُه (٣) ولم ينعَقِد البيعُ (٤) (وإنْ كتبَ بذلك لِحاضِرٍ ففي الصِّحَّةِ تـرَدُّدٌ) أيْ وجهـانِ ، رَجَّحَ منهما السُّبكيُّ والزَّركشيُّ الصِّحَّةَ (٥) (ولو باعَ من غـائِبٍ) كأنْ قال بعت داري لِفُلانٍ وهو غائِبٌ (فقَبلَ حينَ بَلَغَه الخبَرُ) مِمَّن أرسَله إليه البائِعُ أو من غيرِه (صَحَّ) كما لو كاتبَه بل أولى لأنَّ اللفظَ أقوى من الكتب .

٥/٢ (فرعٌ : يُشترَطُ في) صِحَّةِ (العقدِ) أنْ يقَعَ (القَبولُ) بعدَ/ الإيجاب (على الفوْرِ فلا يصِحُّ على التراخي) لكـن لا يضُرُّ الفصْلُ اليسيرُ لِعَدَمِ إشعارِه بالإعراضِ عن القَبولِ (ولا) يصِحُّ العقدُ (إنْ تخَلَّلَ) بينهما (كلامُ أجنَبيٍّ عن العقـدِ) ولو يسيرٍ وإنْ لـم يتفرَّقا عن المجلِسِ ، لأنَّ فيه إعراضًا عن القَبـولِ بخِلافِ اليسيرِ في الخُلْعِ ، ويُفرَّقُ بأنَّ فيه من جانِبِ الزَّوْجِ شائِبَةَ تعليقٍ ومن جانِب الزَّوْجَةِ شائِبَةَ جَعالَـةٍ ، وكُلٌّ منهما مُوسَّعٌ فيه مُحتمِلٌ للجَهالَةِ بخِلافِ البيعِ ، وصورَتُه أنْ يقَعَ مِمَّن يُريدُ أنْ يُتِمَّ العقدَ أمَّا مَنْ فرَغَ من كلامِه وتكلَّمَ بيسيرٍ أجنَبيٍّ فإنَّه لا يضُرُّ ، ذَكرَه الرَّافعيُّ في الخُلْعِ (٦) والمرادُ بالكلامِ ما يشمَلُ الكلِمَ والكلِمَةَ وخرج بالأجنَبيِّ غيرُه فلا

---

(١) (قوله : الكِتابَةُ بالبيعِ ونحوه إلخ) كَبِعته من فُلانٍ بكذا .

(٢) (قوله : لِحُصولِ التراضي) بخلافِ نَظيرِه في النِّكاح لأنَّ البيعَ أوسَعُ بدَليلِ انعِقادِه بالكِنايات .

(٣) (قوله : صَحَّ رُجوعُه) قال شيخُنا أي وكان فسخًا لِلعَقدِ .

(٤) (قوله : ولَم ينعَقِد البيعُ) أي لَم يستمِرَّ انعِقادُه منه .

(٥) (قوله : رَجَّحَ منهما السُّبكيُّ والزَّركَشيُّ الصِّحَّةَ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ لأنَّها نَظيرُ مَسألَةِ المُتوسِّطِ ، وقد رَجَّحا فيها الصِّحَّةَ وهما حاضِرانِ ، ولَم يُفقد إلا التخاطُبُ .

(٦) (قوله : ذكرَه الرَّافِعيُّ في الخُلع) ثم حَكَى عن البغَويِّ التسوِيةَ بينهما ، وهو الأصحُّ عندَ البُلقِينيِّ وفي كلامِ الشيخَيْنِ في الخُلعِ إذا سَألَته أنْ يُطَلِّقَها بعِوضٍ ثم ارتدَّتْ بالقولِ ، أنَّه من ....=

يضرُّ قال بعضُهم : كقولِه بارَك الله في الصَّفقَةِ أو غالٍ أو رَخيص ، وقال : بعضُهم كقولِه بعتُك هذا بكذا أَقبلت مِنّي البيعَ ؟ وفسَّرَ في الأنوارِ الأجنَبيَّ بأن لا يكونَ من مُقتضَى العقدِ ولا من مَصالِحِه ولا من مُستحَبَّاتِه ، قال : فلو قال المشتري بسْمِ الله [1] الرَّحمَنِ الرَّحيمِ والحمدُ لِلّه والصَّلاةُ والسَّلامُ على رَسولِ الله قَبلْت صَحَّ ، (ولو مات) المشتري (بعدَ الإيجاب) بحَضرَةِ وارِثِه (لم يُقبل وارثُه) ولا يُقبَلُ وكيلُه بل ولا مُوكِّلُه كما جَزَمَ به المصنفُ [2] في شرحِ الإرشادِ ، وهو مُقتضَى كلامِ الأصحاب ، وخالَف بعضُهم فقال بالصِّحَّةِ في الموكِّلِ .

(ويُشترَطُ) في صِحَّةِ العقدِ (الموافقَةُ في المعنَى إيجابًا وقَبولا [3]) ، فإنْ أوجَبَ بألفٍ قِراضَةً فقَبلَ بصِحاحٍ) أو بالعكسِ كما فُهِمَ بالأَوْلى ، وصرّحَ به الأصلُ (أو قال قَبلْت نصْفه بخَمسِمِائَةٍ وسَكت لم يصِحَّ) للمُخالفَةِ (ولو قال ونِصْفه) الآخَرَ (بخَمسِمائَةٍ صَحَّ) عِندَ المتولّي [4] إذ لا مُخالَفةَ بذِكرِ مُقتضَى الإطلاقِ ، واستشكله الرَّافعيُّ بأنَّه أوجَبَ له عَقدًا فقبلَ عَقدَينِ لِتعَدُّدِ الصَّفقَةِ بتفصيلِ الثمَنِ [5] ، قال

= تَخَلُّلِ الكلامِ اليسيرِ بين الإيجابِ والقبولِ ، وقولُه عن البغويّ التسويةَ بينهما أشارَ إلى تصحيحِه .

(١) (قولُه : قال فلو قال المُشتري باسمِ الله إلخ) قال شيخُنا : هذا إنَّما يتأتَّى على طَريقَةِ الرَّافِعِيِّ أمَّا على ما صحَّحَه النوويُّ في باب النِّكاحِ فهو ليس بمُستحَبٍّ لكنَّه لا يضُرُّ كما في النِّكاحِ .

(٢) (قوله : كما جَزَمَ به المُصَنِّفُ) أي وغيرُه .

(٣) (قوله : ويشترطُ الموافقَةَ إيجابًا وقبولا إلخ) لو باعَه سالِمًا وغانِمًا هذَينِ بألفٍ فقبلَ صحَّ وإن لم يعرِفِ المُشتري سالِمًا من غانِمٍ بخلافِ بعتُك سالِمًا بألفٍ وغانِمًا بخَمسِمِائَةٍ .

(٤) (قوله : صحَّ عندَ المُتولِّي) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : لِتعَدُّدِ الصَّفقَةِ بتفصيلِ الثمَنِ) ولهذا جَزَمَ الطَّاوُسيُّ في التعليقَةِ بالبُطْلانِ ولِصاحِبِ التتمَّةِ أن يمنَعَ إرادَةَ المُشتري بقولِه المذكورِ تعَدُّدُ الصَّفقَةِ ويَحمِلُه على ذِكْرِ بَيانِ حُكْمِ التوزيعِ عندَ الإطْلاقِ حَملا لِجَوابه وقبولِه على الصِّحَّةِ وهو كما إذا باعَ المبيعَ من البائِعِ قبلَ القبضِ بنَظِيرِ الثمَنِ فإنَّه يصِحُّ ويكونُ إقالَةً كما قاله صاحِبُ التتمَّةِ أيضًا ، ونَقَله عنه الرَّافِعِيُّ وأقرَّه ولا شَكَّ أنَّ هذه المسألَةَ أولى بالصِّحَّةِ من مَسألَةِ الإقالَةِ لاختلافِ حَقيقَةِ البيعِ ، والفسخُ والبيعُ حَقيقَةٌ واحدَةٌ وإن اختلَف حُكْمُه وظَهَرَ بهذا أنَّ بَحْثَ الرَّافِعِيِّ لَم يُلاقِ كلامَ التتمَّةِ وأنَّ لِلمَسألَةِ حالَتينِ إحداهما قَصْدِ التوزيعِ وهي التي تكلَّمَ فيها المُتولِّي والرَّافِعِيُّ لا يُخالِفُه ، والثانيةِ قَصْدِ تعَدُّدِ الصَّفقَةِ وهي التي تكلَّمَ فيها الرَّافِعِيُّ والمُتولِّي لا يُخالِفُه .

فأمَّا القولُ بالصِّحَّةِ مع قَصْدِ التعَدُّدِ كما فعله النوويُّ فهو خارِجٌ عن الطَّرِيقَيْنِ ، وما بَحَثَه الرَّافِعِيُّ جارٍ على ما قَرَّرَه في تفريقِ الصَّفقَةِ ، أنَّ تفصيلَ الثمَنِ يوجِبُ تعَدُّدَ الصَّفقَةِ .....=

في المجموعِ : والأمرُ كما قال الرَّافعيُّ لكنَّ الظَّاهرَ الصِّحَّةُ ، ومالَ في المهمَّاتِ إلى عَدَمِ الصِّحَّةِ قال والرَّافعيُّ إنَّما ساقَ مَقالةَ المتولِّي مَساقَ الأوجُه الضَّعيفةِ **(ولو قَبلَ بألفٍ وخَمسِمِائَةٍ لم يصِحَّ)** للمُخالَفةِ ، ويُشترَطُ أيضًا أنْ يُصِرَّ البادي على ما أتى به من الإيجاب أو القَبولِ فلو أوجَبَ بمُؤَجَّلٍ أو بشرطِ الخيارِ ثُم أسقَطَ الأجَلَ أو الخيارَ ثُم قَبلَ الآخَرَ ولم يصِحَّ البيعُ لِضَعفِ الإيجاب وحدِه ، وأنْ يتكلَّمَ كُلٌّ منهما بحَيْثُ يسمَعُه مَنْ بقُربه ، وإنْ لم يسمَعه صاحِبُه وإلا لم يصِحَّ كما لو حَلَفَ لا يُكلِّمُه بكلِمَةٍ قاله البَغَويّ في فتاويه .

(فرعٌ : لو قال بعتُك) هذا بكذا **(إنْ شِئْت** [١] **فقال اشتريت)** أو قال اشتريت منك هذا بكذا إنْ شِئْت فقال بعتُك انعَقَدَ البيعُ ولا يضُرُّ التعليقُ المذكُورُ لأنَّه تصْريحُ العقْدِ ، فأشبَهَ ما لو قال إنْ كان هذا مِلْكِي فقد بعتُكه بكذا ، ولو قال في الجواب : شِئْت لم يصِحَّ لأنَّ لفظَ المشيئَةِ ليس من ألفاظِ التمليكِ ، ونَقَلَ الزَّركشيُّ عن نَصِّ الشافعيِّ أنَّه يصِحُّ ثُم قال فتتعَيَّنُ الفتوى به انتهى . وقد يُحمَلُ النَّصُّ على أنَّ ذلك كِنايةٌ جَمعًا بين الكلامَيْنِ ، ولو قال اشتريته منك بكذا فقال بعتُك إنْ شِئْت ، قال الإمامُ : لا يصِحُّ لاقْتِضاءِ التعليقِ وُجودَ شيءٍ بعدَه ولم يُوجَدْ فلو قال بعدَه اشتريت أو قَبِلْت لا يصِحُّ أيضًا إذْ يبعُدُ حَملُ المشيئَةِ على استِدْعاءِ القَبولِ ، وقد سَبَقَ فيتعَيَّنُ إرادَتُها نفسُها فيكونُ تعليقًا مَحضًا وهو مُبطِلٌ **(أو قال المتوسِّطُ)** [٢] للبائِعِ **(بعت)** هذا **(بكذا فقال نَعَم)** أو بعت **(وقال للآخَرِ اشتريت فقال نَعَم)** أو اشتريت **(انعَقَدَ)** البيعُ لِوُجودِ/الصِّيغَةِ والتراضي ٦/٢

= وذلك فيما إذا فصَلَ البائعُ والمُشتري وقال هناكَ أنَّهما عَقدانِ مَقصودانِ وقال لو جَمع المُشتري في القبولِ فقال قبلت فيهما فكذلك على المذْهَب فيُقالُ له قد جَعَلت المذْهَبَ الصِّحَّةَ فيما إذا فصَلَ البائعُ ولَم يفصِل المُشتري تنزيلا لِلقبولِ على الإيجاب المُتقدِّم ، فكذلك يصِحُّ العقدُ هنا لِترَتُّب القبولِ على الإيجاب الجامِع لا يُقالُ في مَسألَةِ التتمَّةِ صَرَّحَ المُشتري بخلافِ ما أوجَبَه البائِعُ بخلافِ مَسألَةِ المذهَب إذْ فيها قبلت فيهما ووازنُه في مَسألَةِ المُتولِّي أنْ يقولَ قبلت فيهما بألفٍ لأنَّا نَقولُ النظَرُ في التعليلِ إلى ترَتُّب قبولِ المُشتري على إيجاب البائِع ولا نَظَرَ إلى مُخالَفةِ اللَّفظِ في الاتِّحادِ والتعَدُّدِ وذلك قدرٌ مُشترَكٌ بين المسألَتيْنِ ، ولِهذا صارَ بعضُ الأصحاب في مَسألَةِ المذهَب إلى الإبطالِ وهو نَظيرُ بَحْثِ الرَّافِعِيِّ في مَسألَتنا .

(١) (قوله : إنْ شِئْت) مِثلُ شِئْت رَضيت أو أحبَبت أو اخترت أو أرَدت ولو قَدَّمَ لَفظَ المشيئَةِ لَم يصِحَّ .

(٢) (قوله : أو قال المُتوسِّطُ إلخ) وإنْ لَم يأمُراه بذلك .

(والأخرَسُ يُشيرُ أو يكتُبُ) بالعقدِ والحلِّ للمُعالجَةِ [(١)] ، وهذا أعَمُّ من قولِ الأصلِ : يصِحُّ بيعُ الأخرَسِ وشِراؤُه بالإشارَةِ والكِتابَةِ وسَيأتي في الطَّلاقِ أيضًا ذِكرُ الإشارَةِ وأنَّه إنْ فهِمَها الفطِنُ وغيرُه فصَريحَةٌ أو الفطِنُ فقط فكِنايةٌ .

(فرعٌ : وإنْ قال أعتِقْ عبدَك عَنّي بألفٍ مَثَلًا ففعل حَصَلَ البيعُ ضِمنًا) بما ذُكِرَ من الالتِماسِ والجواب ، ولو قال بعتُك بكذا ، فقال قَبِلْت صَحَّ بخِلافِ النِّكاحِ يُشترَطُ فيه أنْ يقولَ قَبِلْت نِكاحَها أو تزوِيجَها كما سَيأتي في بابه احتياطًا للأَبضاعِ [(٢)] وبذلك صرّحَ الأصلُ هنا .

(الأمرُ الثاني) مِمَّا اعتُبِرَ في صِحَّةِ البيع (أهليَّةُ العاقِدِ) مُوجِبًا أو قابلا (وشرطُه إطلاقُ التصرُّفِ والاختيارِ فلا يصِحُّ بيعُ صَبيٍّ وإنْ قَصَدَ اختِبارَه) به ولا بيعُ مَجنُونٍ ومَحجورٍ عليه بسَفهٍ ولو بغِبْطَةٍ لِما سَيأتي في الحجرِ ، وتعبيرُه بإطلاقِ التصرُّفِ أولى من تعبيرِ أصلِه بالتكليفِ ، ويُشترَطُ أنْ ينقَى العاقِدانِ على أهليَّةِ العقْدِ إلى تمامِه فلو جُنَّ أحدُهما أو أُغمِيَ عليه قبلَ القَبولِ بَطَلَ الإيجابُ (ولا يصِحُّ بيعُ (مُكرَهٍ) [(٣)] ، لآيةِ ﴿ولا تأكُلوا أموالَكُم بينكُم بالباطِلِ﴾ [البقرة :١٨٨] ولِخَبَرِ «إنَّما البيعُ عن تراضٍ [(٤)]» (إلا) بيعَ مُكرَهٍ (بحَقٍّ كالممتنِعِ من أداءِ الحقِّ عِندَ الحاكِمِ فيُكرِهه على البيعِ ونَحوِه) كالشِّراءِ لِما أسلمَ إليه [(٥)] فيه فيصِحُّ لأنَّه

---

(١) (قوله : بالعقدِ والحلِّ لِلمُعالجَةِ) خَرَجَ بذلك شَهادَتُه وعَدَمُ بُطْلانِ صَلاته بها وعَدَمُ الحِنثِ بها في الحلِفِ على الكلامِ .

(٢) (قوله : احتياطًا لِلأَبضاعِ) قال الإمامُ : ولا يبعُدُ اشتراطُ قَصْدِ الجواب من المُشتري ، وفي البحرِ لِلرُّويانيِّ : لو قال لَمْ أقصِد باشترَيْتُ جوابَك ، فالظَّاهرُ القبولُ كالخُلعِ ويُحتمَلُ خلافُه ، والفرقُ أنَّه لا ينفرِدُ بها بالبيعِ وينفرِدُ بالطَّلاقِ قال شيخُنا الأوجَه الأوَّلُ ، وقولُه لَم أقصِد باشترَيْتُ إلخ قال شيخُنا أيضًا بأنْ قَصَدت غيرَه بدَليلِ ما مَرَّ من أنَّه لا يُشترَطُ قَصْدُ جَوابه .

(٣) (قوله : ولا يصِحُّ بَيْعُ مُكرَهٍ) شَمِلَ كلامُه ما لو اشترَى الأسيرُ من الحربيِّ شيئًا مُكرَهًا وما لو أكرَهَ أجنَبيٌّ الوكيلَ على بَيْعِ ما وُكِّلَ فيه قاله الزَّركَشيُّ ، ذكروا في الطَّلاقِ أنَّ المكرَهَ بغيرِ حَقٍّ إذا نَوى الطَّلاقَ يقَعُ ويصيرُ الصَّريحُ كِنايةً وينبَغي مَجيئُه هنا وهو ظاهرٌ .

(٤) صحيح : رواه ابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب التجارات ، باب بيع الخيار ، حديث (٢١٨٥) بإسناده عن أبي سعيد الخدري مرفوعًا .

(٥) (قوله : كالشِّراءِ لِمَا أسلَمَ إليه فيه) أو أسلَمَ عبدٌ لِكافِرٍ مَحجورٍ عليه فإنَّ الحاكِمَ يُجْبِرُ وليَّه على بَيْعِه أو أمَرَ عبدَه بأنْ يبيعَ شيئًا من مالِه أو مالِ غيرِه بإذْنِه فامتنَعَ فله أنْ يُكرِهَه ، لأنَّ ذلك من الاستخدامِ الواجِب أو اُضطرَّ الناسُ إلى الطَّعامِ وعندَ ....=

إكراهٌ بحَقٍّ وإلا بيعُه مالِ المكرَه له فيصِحُّ قاله القاضي كنَظيرِه في الطَّلاقِ ، لأنَّه أبلَغُ في الإذْنِ وتعبيرُه بما ذَكرَ أعَمُّ من تعبيرِ الرَّوْضَةِ بالبيعِ وشِراءِ ما أسلمَ إليْه فيه .

(ويصِحُّ بيعُ المُصادَرِ) من جِهَةِ ظالِمٍ بأنْ باعَ ماله لِدَفعِ الأذَى الذي ناله لأنَّه لا كِراءَ فيه ، ومَقْصودُ مَنْ صادرَه تحصيلُ المالِ من أيِّ وجهٍ كان [١] ، **(و) يصِحُّ عَقدُ (السَّكرانِ)** المتعَـدِّي بسُكرِه وإنْ كان غيرَ مُكلَّفٍ ، لأنَّه من قَبيـلِ رَبطِ الأحكامِ بالأسبابِ الذي هو خِطابُ الوضعِ كما مَرَّ بَيانُه في الجُمُعَةِ .

(فرعٌ : وإنْ أتلَفَ الصَّبيُّ) أو تلِفَ عِندَه **(ما ابتاعَ أو ما اقْترَضَ من رَشيدٍ وأقْبَضَه)** له **(لم يضمَـنْ)** في الظَّاهرِ ، لأنَّ المقْبَضَ هو المضَيِّعُ لِمالِه أمَّا في الباطِنِ فيغْرَمُ بعدَ البُلوغِ نَصَّ عليه في الأُمِّ في [٢] باب الإقرارِ **(أو من)** صَبيٌّ **(مِثلِه)** ولم يأذَنِ الوليَّانِ **(ضَمِنَ كُلٌّ)** منهما **(ما قَبَضَ)** من الآخَرِ **(وإنْ كانَ)** ذلك **(بإذْنِ الوليَّيْنِ فالضَّمانُ عليهما فقط)** لِوُجودِ التسليطِ منهما **(وعلى البائعِ)** لِلصَّبيِّ **(رَدُّ الثَّمَنِ)** الذي قَبَضَه منه **(إلى وليِّه)** وعلى وليِّه استِردادُه **(فلو سَلَّمَه)** الأنسَبُ رَدَّه

= بعضِهم ما يفضُلُ عن قوت عيالِه في سُنَّتِهم فلِلسُّلطانِ إكْراهه على بَيْعِ الفاضِلِ عنهم ويجوزُ البيعُ ، صَرَّحَ به صاحِبُ الاستقصاءِ وإذا غَصَبَ ثوبًا وصَبَغَه بصَبغِه ورَغِبَ مالِكُ الثوب في بَيْعِه فالمنقولُ في باب الغصب أنَّ الغاصِبَ يُجْبَرُ على موافقَته ر .

(تنبيهٌ) لا أثَرَ لِلقولِ الصَّادِرِ من المكْرَه بغيرِ حَقٍّ إلا في الصَّلاةِ فإنَّها تبطُلُ في الأصَحِّ لِنُدورِه ، والتصَرُّفاتُ الواقِعَةُ لِلَّذي صَدرَ منه الإكْراه ، ولا أثَرَ لِفِعلِه إلا في مَسائِلَ منها الحدَثُ والتحَوُّلُ عنِ القِبلَةِ ، وتركُ القِيامِ في الفريضَةِ مع القُدرَةِ والأفعالُ الكثيرَةُ في الصَّلاةِ ، والرَّضاعُ المقتضي لِلتَّحريمِ ، والتغريمُ عندَ الانفِساخِ والقتلُ وإتلافُ مالِ الغيرِ أو أكْلُه أو تسليمُ الوديعَةِ وإكْراه مَجوسيٍّ مُسلِمًا على ذَبحِ شاةٍ أو مُحْرِمٍ حَلالا على ذَبحِ صيدٍ أو على رَميِه ، أو إكْراهٍ على وطْءِ زَوجَته أو أمَته أو على الوُقوفِ بعَرَفةَ أو على الرَّمي أو الطَّوافِ أو السَّعي أو نحوِه ، ولو أُكرِهَ على وطْءِ زَوجةِ ابنِه فهل ينفسِخُ نِكاحُ ابنِه فيه نظَرٌ ، وقِياسُه كما قال القاضي الحُسَينُ في المجْنونِ يطَأُ زَوجةَ ابنِه أنَّها تحرُمُ عليه ، أنْ يكونَ هنا كذلك ولو أُكرِهَ على وطْءِ الجاريةِ المُشتَرَكَةِ وأحبَلها فهل يجِبُ عليه المهْرُ لِشَريكِه المُكرَه وقِيمَةُ الولَدِ أو لا ، لأنَّه الحامِلُ له فيه نظَرٌ ، ولو أُكرِهَ على غُسلِ مَيِّتٍ صحَّ ، ولو أُكرِهَ على غَسلِ نَجاسَةٍ أو دَبغِ جِلدِ مَيتةٍ طَهرا ، وكذا تخليلُ الخمرِ بلا عَيْنٍ ، وما يلزَمُ الشخصَ في حالِ الطَّواعيةِ يصِحُّ مع الإكْراه وما لا فلا .

(١) (قولـه : تحصيلُ المالِ من أيِّ وجهٍ كان) شَمِلَ كلامُه ما لو اعترَفَ المُشتري بأنَّه لَم يكُنْ له طَريقٌ سِوى البيعِ وهوكذلك ، وإنْ أفتى الغزاليُّ بعَدَمِ صِحَّته وجَزَمَ به صاحِبُ الأنوارِ .

(٢) (قوله : نَصَّ عليه في الأُمِّ) في باب الإقرارِ هو رَأيٌ مَرجوحٌ .

(إلى الصَّبيِّ ، ولو بإذنِ الوليِّ ، وهو) مِلْكٌ (لِلصَّبيِّ لم يبرَأْ) منه (أو للوليِّ) وقد أذِنَ (بَرِئَ) (١) قال منه الزَّركشيُّ : ومَحَلُّ قولِنا لا يبرَأُ بالدَّفعِ لِلصَّبيِّ بإذنِ وليِّه ما إذا لم يكنْ في مَصْلحَةٍ (٢) تتعلَّقُ ببدَنِه من مَأكلٍ ومَشرَبٍ ومَلْبَسٍ ونحوِها فإنْ كان بَرِئَ (وإنْ قال) شَخصٌ لِمَنْ له عِندَه وديعَةٌ أو له عليه دَيْنٌ (سَلِّم إلى الصَّبيِّ وديعَتي أو قدرَ دَيْني) الذي (عليك أو ألقِهما في البَحرِ (٣) فامتثَلَ بَرِئَ من الوديعَةِ) لأنَّه امتثَلَ أمرَه في حَقِّه المتعَيَّنِ (٤) ، (لا) مِن (الدَّيْنِ) لأنَّ ما في
٧/٢ الذِّمَّةِ لا يتعَيَّنُ إلا بقبضٍ صَحيحٍ ولم يُوجَدْ في معنى الوديعَةِ كُلُّ ما / هو مُتعَيَّنٌ كمُعارٍ ومَغصوبٍ ، والسَّفيه في جَميعِ ما ذُكِرَ كالصَّبيِّ كما يُعلمُ من باب الحجْرِ ، (ولو كان لِصَبيٍّ دينارٌ فأعطاه لِنَقَّادٍ ينقُدُه) أو مَتاعٌ فأعطاه لِمُقَوِّمٍ يُقَوِّمُه كما صرَّحَ به الأصلُ (ضَمِنَ إنْ لم يرُدَّه إلى وليِّه (٥) أو) كان ذلك (لِغيره) أيْ لِغيرِ الصَّبيِّ أيْ لكامِلٍ (فإلى) أيْ فيضمَنُ إنْ لم يرُدَّه إلى (مالِكِه) وكالوليِّ والمالِكِ وكيلُهما أيْ ويُقالُ الرَّدُّ إليه رَدٌّ إليهما .

(فرعٌ : لو أوصَلَ صَبيٌّ هَديَّةً) إلى غيرِه (وقال هذه من زَيْدٍ مَثَلًا أو أخبَرَ في الإذْنِ) الأولى بالإذْنِ (بالدُّخولِ) (٦) إلى دارٍ أو غيرِها (عَمِلَ بخَبَرِه مع) ما يُفيدُ العِلمَ أو الظَّنَّ من (قَرينَةٍ أو أمنِ قولِه) لاعتِمادِ السَّلَفِ عليه في ذلك حينَئِذٍ ، وكالصَّبيِّ في ذلك الفاسِقُ كما نَقَله في المجموعِ عن الأصحاب .

(فصلٌ : الكافِرُ لا يتمَلَّكُ) بنفسِه ولا بوكيلِه رَقيقًا (مُسلِمًا لِنفسِه) ولا لِمِثلِه لِما فيه من إذلالِ المسلِمِ ولِقولِه تعالى : ﴿ولَن يجْعلَ الله للكافِرينَ على المؤمِنينَ سَبيلا﴾ [النساء : ١٤١] أمَّا تمَلُّكه لِمُسلِمٍ فجائزٌ كما سيأتي ، وقولُه لِنفسِه من زيادَتِه ولو

---

(١) (قوله : أو لِلوليِّ وقد أذنَ بَرِئَ) قال شيخُنا : أي كان المِلكُ لِلوليِّ وقد أذنَ في تسليمِه لِلصَّبيِّ .

(٢) (قوله : ما إذا لَم يكُن في مَصْلَحة) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : أو ألقِها في البحرِ) أي أو النارِ .

(٤) (قوله : لأنَّه امتثَلَ ما أَمَرَه في حَقِّه المُتعَيِّنِ) قال في المطلَب : وهو يقتضي أنَّ البراءَةَ وإن حَصَلَتْ فالتسليمُ حَرامٌ كالإلقاءِ في النارِ ، وحينَئِذٍ لو امتنَعَ المودَعُ من دَفعِها إلى الصَّبيِّ فتلِفتْ لا يضمَنُها لأنَّه مَمنوعٌ منه شرعًا .

(٥) (قوله : ضَمِنَ إنْ لَم يرُدَّه إلى وليِّه) لأنَّه وضعَ يدَه على مالِ الغيرِ بإذنٍ مُعتبَرٍ .

(٦) (قوله : أو أخبَرَ في الإذنِ بالدُّخولِ) في بعضِ النُّسخِ المُعتمَدَةِ أو أخبَرَ بالإذنِ بالدُّخولِ .

تركه كان أولى لِلاغتِناءِ عنه بما سَيأتي مع عَدَمِ إيهامِ أنَّه يتمَلَّكه لِمِثلِه .

(ولا) يتمَلَّكُ **(مُرتدًّا)** لِبَقاءِ علقَةِ الإسْلامِ وهذا ما صححه في المجمُوعِ ، وظاهرُ قولِ الأصلِ في صِحَّةِ بيعِه للكافِرِ الخِلافُ في قَتْلِه بالذِّمِّيِّ تصْحيحُ الصِّحَّةِ ؛ لأنَّ الأَصَحَّ قَتْلُه به **(إلا إنْ كان إذا مَلَكه عَتقَ)** عليه **(كأن اشترَى فرعَه أو أصله أو مَنْ أقرَّ بعِتْقِه)** (١) أو قال لِمالِكِه أعتِقْ عبدَك المسْلِمَ عَنِّي بعِوضٍ أو بغيرِ عِوضٍ وأجابَه كما صرّحَ به الأصلُ **(فيصِحُّ)** تَمَلُّكُه لأنَّه يستعقِبُ العِتْقَ فلا إذْلالَ ، وفي عَدِّ الثانيةِ من ذلك (٢) تجوُّزٌ لأنَّ القَبولَ فيها فِداءٌ لا شِراءٌ على الصَّحيحِ ، ولو عَبَّرَ كأصْلِه بَدَلَ عِتقِه كان أعَمَّ **(لا إن اشترَى مُسْلِمًا بشرطِ إعتاقِه)** فلا يصِحُّ لأنَّه لا يستعقِبُ العِتقَ **(وإنْ وكَّله مُسلِمٌ في شِراءِ مُسلِمٍ)** فاشتراه له **(صَحَّ ووقَعَ)** المِلْكُ **(له وإنْ لم يُسَمِّه)** في العقْدِ بناءً على أنَّ المِلْكَ يقَعُ أولا للمُوكِّلِ ، وهو الأصَحُّ ويُفارِقُ مَنْعَ توْكيلِ المسْلِمِ كافِرًا في قَبولِ نِكاحِ مُسلِمَةٍ باختِصاصِ النِّكاحِ بالتعَبُّدِ لِحُرمَةِ الأبضاعِ وبأنَّ الكافِرَ لا يُتصَوَّرُ نِكاحُه لِمُسلِمَةٍ (٣) بخِلافِ مِلْكِه لِمسْلِمٍ كما سَيأتي .

(ولا يتمَلَّكُ مُصْحَفًا (٤) **وحديثًا)** أي ولا كُتُبَ حديثٍ ، **(و)** لا **(كُتُبَ فِقْهٍ فيها آثارٌ)** لِلسَّلَفِ لِما فيه من الإهانَةِ لها ، قال السُّبْكِيُّ : والأحسَنُ أنْ يُقال كُتُب عِلْمٍ وإنْ خَلَتْ عن الآثارِ تعظيمًا للعِلْمِ الشرعيِّ ، قال ابنُه الشيخُ تاجُ الدِّينِ : وتعليلُه يُفيدُ جوازَ تَمَلُّكِه كُتُب عُلُومٍ غيرِ شرعيَّةٍ (٥) ، وينْبَغي المنعُ من تَمَلُّكِ ما يتعَلَّقُ منها بالشرعِ ككُتُب النَّحوِ واللُّغَةِ وفيما قاله نَظَرٌ ، وتعبيرُ المصنفِ بالتمَلُّكِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالشِّراءِ .

---

(١) (قولُه أو مَنْ أقرَّ بعِتْقِه) أو شَهِدَ به ورُدَّتْ شَهادَتُه .

(٢) (قوله : وفي عَدِّ الثانيةِ من ذلك إلخ) هي قولُه أو مَنْ أقرَّ بعِتقِه .

(٣) (قوله : لا يُتصَوَّرُ نِكاحُه لِمُسلِمَةٍ) فكأنَّه مَسلوبُ العِبارَةِ في نِكاحِها أصلا ونيابةً .

(٤) (قوله : ولا يتمَلَّكُ مُصْحَفًا) لِقولِه ﷺ «ولا تُسافِروا بالقُرآنِ إلى أرضِ العدوِّ مَخافةَ أن ينالَه العدوُّ» قال سُلَيْمٌ : ومَعلومٌ أنَّ المنعَ لِئَلاَّ يَمَسُّوه فكذلك ما أدَّى إليه لا يجوزُ ، قال الأذْرَعِيُّ : لَمْ يُفرِّقوا في بَيْعِ المُصْحَفِ وغيرِه بين مَنْ يُرجَى إسلامُه وغيرُه ، وقد فرَّقوا في تعليمِ القُرآنِ بينهما ا هـ الفرقُ بينهما ظاهرٌ .

(٥) (قوله : يُفيدُ جَوازَ تَمَلُّكِه كُتُبًا غيرَ شرعيَّةٍ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ : للكافرِ استئجارُ المسلِمِ) (١) حُرًّا أو رَقيقًا (ولو إجارةَ عَينٍ) وله استئجارُ مُصْحَفٍ ونَحوِه إذ لا يثبُتُ له على شيءٍ منها تسلُّطٌ تامٌّ ، وإنَّما يستوفي مَنفعَته بعِوضٍ ، وقد آجَرَ عَليٌّ رضي الله تعالى عنه نفسَه لكافِرٍ ، قال الزَّركشيُّ : وينبَغي أنْ يكونَ محَلُّ ذلك في غيرِ الأعمالِ الممتهنَةِ ، أمَّا الممتهنَةُ كإزاحَةِ قاذوراتِه فيمتنِعُ قَطعًا (٢) (وله ارتِهانُه) أي الرَّقيقِ المسلِمِ (وارتِهانُ مُصْحَفٍ) لأنَّه مُجرَّدُ استيثاقٍ (وتُرفعُ يدُه) عنهما (فيُوضَعانِ عِندَ عَدلٍ) قَضيَّتُه أنَّه يتسلَّمُهما أولا ، وقَضيَّةُ كلامِ الرَّوْضَةِ (٣) أنَّه لا يُمَكَّنُ من ذلك بل يُسَلَّمُ أولا للعَدلِ ، وقد ذكَرَهما ابنُ الرِّفعَةِ احتِمالَيْنِ ، قال السُّبكيُّ : وينبَغي أنْ يكونَ أصحُّهما الثَّانيَ ، قال الأذرَعيُّ : ويُحتمَلُ أنْ يُقال يُسَلَّمُ إليه الرَّقيقُ ثُم يُنزَعُ حالا إذ لا محذورَ كما في إيداعِه منه بخِلافِ المصْحَفِ ، لأنَّه مُحدِثٌ فلا يُسَلَّمُ إليه وما قاله مُتَّجِهٌ .

(ويُؤَجِّرُ) الكافِرُ وُجوبًا (الأجيرَ) المسلِمَ لِمُسلِمٍ ليُزيلَ مِلْكه عن المنفعَةِ كما يُزيلُ مِلْكه عن الرَّقَبَةِ فيما سَيأتي ، وقيلَ لا يجِبُ ، والتصْريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه ، وبه صرَّحَ في المجمُوعِ ، وظاهِرُ كلامِ المصنفِ أنَّه لا فرقَ بين إجارَةِ الذِّمَّةِ وإجارَةِ العينِ وقَضيَّةُ كلامِ أصلِه أنَّه في إجارَةِ العينِ دون إجارَةِ الذِّمَّةِ ، قال الزَّركشيُّ : وهو ظاهرٌ لأنَّ الأجيرَ فيها يُمكِنُه تحصيلُ العمَلِ بغيرِه (ويُكرَه) كراهَةَ تنزيهٍ (إجارَةُ عَينِ المسلِمِ وإعارَتُه) له صيانَةً عن الإذلالِ ، وكراهَةُ إعارَتِه له ذكَرَها الأصلُ في العاريَّةِ وذكرَ هنا جوازَ إيداعِه عِندَه (٤) ، وخرج بإجارَةِ العينِ إجارَةُ الذِّمَّةِ فلا/كراهَةَ فيها ٨/٢

---

(١) (قوله : فرعٌ لِلكافِرِ استئجار المُسلِمِ) لو أوصَى له بمَنفعَةِ عبدٍ مُسلِمٍ ، فالقِياسُ أنَّه على الوجهَيْنِ في الإجارَةِ ، وذكرَ صاحِبُ الشامِلِ الصَّغيرِ أنَّه يصِحُّ ، ويُفرِّقُ بينهما ويستكْسِبُ له قال : وكذلك لو وقَفه عليه ، والظَّاهرُ أنَّ هذا تفريعٌ على المرجوحِ في الإجارَةِ أنَّه لا يُؤمَرُ بإزالَةِ مِلكِه عن المنافِعِ ، فإن قُلنا : تُزالُ فيها فهنا أولى لا سيَّما في الوصيَّةِ المؤبَّدَةِ ، لأنَّ الذَّالَ فيه أشَدُّ لِتأبُّدِ المنفعَةِ ر وقولُه والظَّاهرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (وقولُه فيمتنِعُ قَطعًا) قال شيخُنا : يُرَدُّ ما بحَثَه الزَّركشيّ بأنَّ المحذورَ زائِلٌ مُطلَقًا بإجبارِه على إزالَةِ مِلكِه عن مَنافِعِه .

(٣) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِ الرَّوضَةِ أنَّه لا يُمَكَّنُ من ذلك) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) قال لِمُسلِمٍ وكافِرٍ بعتُكُما هذا المُسلِمَ أو المُصْحف فيُحتمَلُ البُطْلانُ كما لو زَوَّجَ الصَّبيَّةَ من رَجُلَيْنِ تَحِلُّ لأحدِهما ولا تحِلُّ لِلآخَرِ فيما قاله العبَّاديُّ ويُحتمَلُ الصِّحَّةُ في نِصْفِه لِلمُسلِمِ . ا هـ . والرَّاجِحُ الثاني .

(٤) (قوله : ذكَرَ هنا جَوازَ إيداعِه عندَه) قال بعضُهم أي السُّبكيُّ : والصَّوابُ أنَّه لا يجوزُ ...=

لأنَّ العمَلَ فيها دَيْنٌ على الأجيرِ ولا يُمكِنُه تحصيلُه بغيرِه كما مَرَّ .

(فرعٌ : لو نَسَخَ الكافِرُ مُصْحَفًا) هذا من زيادَتِه **(أو أسلمَ عبدُه)** أو أمَتُه **(أمَرَ بإزالَةِ المِلْكِ عنه)** ببيعٍ أو هبَةٍ أو عِتقٍ أو وقفٍ أو غيرِها دَفعًا للإهانَةِ والإذلالِ وقَطعًا لِسَلْطَنَةِ الكافِرِ على المسْلِمِ ولا يحكمُ بزوالِه بخِلافِ ما لو أسلمَتِ الزَّوْجَةُ تحت كافِرٍ إذ مِلْكُ النِّكاحِ لا يقبلُ النَّقلَ فتعَيَّنَ البُطلانُ ، بخِلافِ مِلْكِ اليمينِ ، وهل يكفي وقفُه على [١] ذِمِّيٍّ ؟ قال الزَّركشيُّ [٢] : يُتَّجه أن يُقال إن قُلنا المِلْكُ لِغيرِ الله [٣] تعالى لم يكفِ ولم يصِحَّ ، أو له تعالى فيُحتمَلُ أنَّه كالإجارَةِ ، ويُحتمَلُ المنعُ [٤] وهو المتَّجه لأنَّا هناك نَأمُرُه بالإجارَةِ وهو هنا غيرُ مُمكِنٍ ، لأنَّه إن أجَّرَه مُدَّةَ عُمرِه لم يصِحَّ أو البعضَ لَزِمَ أنْ يبقَى البعضُ الآخَرُ على مِلكِه **(فلا يكفي رَهنُه وإجارَتُه)** وتزويجُه وتدبيرُه ونَحوُها ، لأنَّها لا تُفيدُ الاستِقلالَ ، وهل المرادُ أنَّ ذلك لا يصِحُّ أو يصِحُّ لكنَّه لا يكفي في الحيلُولَةِ ، قال الزَّركشيُّ : فيه نَظَرٌ والأقرَبُ الأولُ [٥] **(وتكفي الكِتابَةُ)** له وإن لم يزَلْ بها المِلْكُ لإفادَتِها الاستِقلالَ **(فإن باعَه)** وكان **(مَعيبًا أو)** باعَه **(بمَعيبٍ أو وهبَه لِولَدِه أو أفلَسَ المشتري)** بالثَّمَنِ **(أو استقال أحدُهما)** الآخَرَ **(فله)** أيْ للمُوجِب **(أو للمُشتري)** أيْ لِكُلٍّ منهما **(الإقالةُ والاستِردادُ)** الشامِلُ لِلرَّدِّ وإن استلزَمَ ذلك دُخولَ مُسلِمٍ في مِلْكِ كافِرٍ ابتِداءً ؛ لأنَّ الفسخَ يقطَعُ العقْدَ ويجعَلُ الأمرَ كما كان ؛ ولِهذا لا يثبُتُ به الشُّفعَةُ ولأنَّ المِلْك بالفسخِ في الرَّدِّ يقعُ قَهرًا **(وله تعجيزُه في الكِتابَةِ)** إنْ عَجَزَ عن النُّجومِ كما له استِردادُ المبيعِ بإفلاسِ المشتري أو نَحوِه .

(وإن ماتَ) الكافِرُ عن رَقيقٍ مُسلِمٍ **(ورِثَه ولَدُه الكافِرُ)** ؛ لأنَّ الإرثَ

= إيداعُ المُصْحَفِ عندَه ، قُلت : وكذا كُتُبُ العِلمِ ؛ لأنَّه لا يُؤمَنُ من إفسادِها ، والإعارَةُ مِثلُه ، وقد أفتى الشيخُ عِزُّ الدِّينِ بمَنعِ دَفعِ المُصحَفِ إلى مَن يجلِدُه ، وقال : لا يُدفعُ المُصْحَفُ والتفاسيرُ وكُتُبُ الحديثِ إلى كافِرٍ لا يُرجَى إسلامُه ويُنْكَرُ على فاعِلِه .

(١) (قوله : وهل يكفي وقفُه على ذمِّيٍّ) قال في القوت : ويجِبُ الجزمُ بأنَّه لا يصِحُّ اهـ وجَزَمَ به بعضُهم .

(٢) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه .

(٣) (قوله : إنْ قُلنا المِلْكُ لِغيرِ الله) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : ويُحتمَلُ المنعُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : والأقرَبُ الأوَّلُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

قَهريٌّ [(١)] ويُؤمَرُ بما كانِ يُؤمَرُ به مُورِّثُه ، وعِبارَةُ الأصلِ صارَ لِوارِثِه وهي أَعَمُّ وكالرَّقيقِ المصْحَفُ ونَحوُه ، وعِبارَةُ المصنفِ تحمِلُه .

(فإنْ لم يجِدْ) مالِكُه (مَنْ يشتريه) بثَمَنِ المِثْلِ (أنفقَ عليه ويستكسِبُ) هو (له) وما قَرَّرتُه من أنَّ ضَميرَ يجِدْ راجِعٌ للمالِكِ هو قَضِيَّةُ كلامِه لكنَّ الأصلَ جَعلَه راجِعًا للحاكِمِ فإنَّه قال لو امتنعَ مالِكُه مِمَّا أُمِرَ به باعَه الحاكِمُ عليه بثَمَنِ المِثْلِ كما يبيعُ مالَ مَن امتنعَ من أداءِ الحقِّ فإنْ لم يجِدْ مُشتريًا بثَمَنِ المِثْلِ صَبَرَ وحالَ بينه وبينه ويستكسِبُ له وتُؤخَذُ نفقتُه منه ، وكِلاهما صَحيحٌ لكنَّ كلامَ الأصلِ أكثَرُ فائِدَةً . قال ابنُ الرِّفعَةِ : وقياسُ ذلك في المستأجِرِ إذا أمَرناه بالإزالَةِ فامتنعَ أنْ يُؤجِّرَه الحاكِمُ [(٢)] لكنْ قال الماوردِيُّ : إنَّه يُفسَخُ فإنْ قُلت هل يتعيَّنُ على الحاكِمِ البيعُ أو يتخيَّرُ بينه وبين كِتابَتِه كالمالِكِ ؟ قُلت : ظاهِرُ كلامِهم تعيُّنُ بيعِه ، وهو ظاهِرٌ لِمَصْلحَةِ المالِكِ بقبضِ الثمَنِ حالاً (كمُستولَدَتِه) فإنَّه يُنفِقُ عليها وتستكسِبُ له في يدِ امرأةٍ ثِقَةٍ أو نَحوِها (حينَ تسلمُ إذْ لا يُمكِنُ بيعُها) ولا يُكلَّفُ إعتاقَها للإجحافِ ولا بيعَ مُدَبَّرِه إذا أسلمَ لإبطالِ حَقِّه من العِتقِ والمعَلَّقِ عِتقُه . قال ابنُ الصَّبَّاغِ والعِمرانيُّ [(٣)] كالقِنِّ والماورديُّ كالمدَبَّرِ [(٤)] ، قال الزَّركشيُّ : وينبَغي إذا طَلَبَ بيعَ المستولَدَةِ من نفسِها بثَمَنِ المِثْلِ أنْ يُجبَرَ على ذلك وفيما قاله نَظَرٌ لِما فيه من الإجحافِ بالمالِكِ بتأخُّرِ الثمَنِ في الذِّمَّةِ ، نَعَم إنْ طَلَبَ غيرُه افتِداءَها منه بقدرِ قيمَتِها ، فالظَّاهِرُ إجبارُه [(٥)] .

(فرعٌ : ولو اشترى كافِرٌ) رَقيقًا (كافِرًا فأسلمَ) الرَّقيقُ (قبلَ القبضِ لم ينفسِخْ) أي العقدُ [(٦)] كإباقِه قبلَ قبضِه بخلافِ العصيرِ إذا تخمَّرَ قبلَ قبضِه لِزَوالِ

---

(١) (قوله : لأنَّ الإرثَ قَهريٌّ) قد أنهى بعضُهم صورَ دُخولِ الرَّقيقِ المُسلِمِ في مِلكِ الكافِرِ ابتداءً إلى نحوِ الخمسينَ مَسألَةً ، وهي راجِعَةٌ إلى قولِ بعضِهم أسبابُ دُخولِ المُسلِمِ في مِلكِ الكافِرِ ابتداءً ثَلاثةٌ ما يُفيدُ المِلكَ القهريَّ والفسخُ واستعقابُ العِتقِ . ا هـ .

(٢) (قوله : أنْ يُؤاجِرَه الحاكِمُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : قال ابنُ الصَّبَّاغِ والعِمرانيُّ) أي وغيرُهما .

(٤) (قوله : والماورديُّ كالمدَبَّرِ) جَزَمَ به في العُبابِ وعلى الأوَّلِ يُفرَّقُ بين المُدَبَّرِ والمُعَلَّقِ عِتقُه بصِفةٍ بقوَّةِ حَقِّ العِتقِ في المُدَبَّرِ ، ولِهذا يمتنِعُ بَيْعُه على مَذْهَبِ أبي حَنيفةَ بخلافِ المُعَلَّقِ عِتقُه بصِفةٍ .

(٥) (قوله : فالظَّاهِرُ إجبارُه) ما استظهَرَه مَردودٌ بأنَّه بَيْعٌ لها وهو لا يصِحُّ .

(٦) (قوله : فأسلمَ قبلَ القبضِ لَمْ ينفسِخ العقدُ) شَمِلَ ما لو كان قبلَ لُزومِ العقدِ والبائِعُ كافِرٌ فإنَّ الأصحَّ أنَّه لا ينفسِخُ .

الماليَّةِ ، قال الإمامُ [١] : وللمُشتري الفسخُ (ويقبضُ) هـ (له الحاكمُ) ولا يقبضُه هو لِئَلا يتسَلَّطَ على المسلمِ (ثُم يُباعُ) الأولى ، والأنسَبُ بعِبارَةِ أصلِه ثُم يُزالُ عنه مِلْكُه وإنَّما قَبَضَه له الحاكِمُ لأنَّه ينفُذُ تصَرُّفُه فيه قبلَ قبضِه بالبيعِ ونَحوِه إلا بالعِتْقِ والوقفِ ولَيْسا بمُتعَيِّنَيْنِ عليه .

(الأمرُ الثّالِثُ : صَلاحيةُ المعقودِ عليه) للبيعِ (وله) أيْ للمَعقودِ عليه (شُروطٌ) خَمسَةٌ [٢] :

(الأولُ : الطَّهارَةُ) [٣] له (فلا يصِحُ بيعُ نَجَسِ العيْنِ) سواءٌ أمكنَ تطهيرُه بالاستِحالَةِ كجِلْدِ الميْتةِ أم لا (كالسِّرجينِ) بكسْرِ السِّينِ وفتحِها (والكلْب ولو مُعَلَّمًا) لِخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ [٤] أنَّه ﷺ «نَهَى عن ثَمنِ الكلْب [٥] وقال إنَّ اللهَ حَرَّمَ/ ٩/٢
بيعَ الخمرِ والمَيْتةِ والخِنْزيرِ [٦]» وقيسَ بها ما في مَعناها ، (ولا) بيعُ (مائعٍ مُتنجِّسٍ ولو دُهنًا [٧] وماءً وصَبْغًا) لأنَّه في معنى نَجَسِ العيْنِ ؛ ولأنَّه لو صَحَّ بيعُه لما أمَرَ

---

(١) (قوله : قال الإمامُ) أي والغزاليُّ (فرعٌ) أمَةٌ كافِرَةٌ حَمَلَتْ من مُسلِمٍ أو كافِرٍ فأسلَمَ يُحتَمَلُ أنْ يُؤْمَرَ مالِكُها بإزالَةِ مِلكِه عنها إن قُلنا أنَّ الحمْلَ يُعطَى حُكْمَ المعلوم قاله في البحرِ .

(٢) (قوله : وله شُروطٌ خَمسَةٌ) ذكرَ السَّيْرَجِيُّ في الطِّرازِ المُذْهَب أنَّ شُروطَ البيعِ اثْنانِ وثَلاثون شرطًا .

(٣) (قوله : الأوَّلُ الطَّهارَةُ) يدخُلُ فيه المائِعُ الواقِعُ ما لا نفسَ له سائِلَةٌ فيصِحُّ بَيْعُه ولكنْ يثْبُتُ لِلمُشتري الخيارُ ؛ لأنَّ النُّفوسَ تعافُ أكلَه ، وشَمِلَ ما لو غَلَبَ على ظَنِّه طَهارَتُه بالاجتهادِ وعُلِمَ من هذا الشرطِ أنَّ مَنِ اشتبَهَ عليه مُذكاةٌ ومَيْتةٌ أو ماءٌ وبَولٌ لَم يَجُزْ أن يبيعَ أحدَهما بالاجتهادِ .

(٤) البخاري ، كتاب البيوع ، باب ثمن الكلب ، حديث (٢٢٣٧) ، بإسناده عن أبي مسعود الأنصاري ، أن رسول الله ﷺ «نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البَغيّ ، وحُلْوان الكاهن» . ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم ثمن الكلب ....، حديث (١٥٦٧) .

(٥) (قوله : لِخَبَرِ الصَّحيحين أنَّه ﷺ «نَهَى عن ثَمَنِ الكلب» إلخ) ولأنَّه مُحَرَّمٌ أكْلُه وما حُرِّمَ أكْلُه حُرِّمَ بَيْعُه لِقولِه ﷺ «إنَّ اللهَ إذا حَرَّمَ على قومٍ أكْلَ شيءٍ حَرَّمَ عليهم ثَمَنَه» رواه أبو داوُد بسَنَدٍ صحيحٍ .

(٦) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الميتة والأصنام ، حديث (٢٢٣٦) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، حديث (١٥٨١) كلاهما عن جابر بن عبد الله مرفوعًا .

(٧) (قولُه : ولو دُهنًا) فرَّقَ في المجموعِ بأنَّ مُعظَمَ مَنافِعِ الدُّهنِ الأكْلُ وهو مُمتنِعٌ مع النجاسَةِ بخلافِ نحوِ الثوب فإنَّ مُعظَمَ مَنافِعِه موجودٌ مع النجاسَةِ وقَضيَّةُ هذا الفرقِ صِحَّةُ ....=

السَّمنِ فيما رواه ابنُ حِبَّانَ كما مَرَّ «أنَّه ﷺ قال في الفأرَةِ تقَعُ في السَّمنِ : «إنْ كان جامِدًا فألْقُوها وما حَوْلها وكُلُوه وإنْ كان ذائِبًا فأرِيقُوه [(١)]» ولا أثَرَ لإمكانِ تطْهيرِ الماءِ القَليلِ بالمكاثَرَةِ [(٢)] لأنَّه كالخمرِ يُمكِنُ طُهْرُه بالتخَلُّلِ ، ولا لِلانتِفاعِ بالصَّبغِ للمتنَجِّسِ في صَبغِ شيءٍ به وإنْ طَهرَ المَصبوغُ به بالغَسلِ كما أشارَ إليْه بقولِه **(مع أنَّه يطْهرُ المَصبوغُ به بالغَسلِ)** [(٣)] ولو عَبَّرَ كأصْلِه بَدَلَ مائِعٍ مُتنَجِّسٍ لا يُمكِنُ تطْهيرُه كان أولى ليشمَلَ نَحو الآجُرِّ المعجونِ بالزِّبْلِ فلا يصِحُّ بيعُه ، قال في المهمَّاتِ : ويلزَمُ منه فسادُ بيعِ الدّارِ المبْنيَّةِ به .

وأُجيبَ بأنَّ البناءَ إنَّما يدْخُلُ في بيعِ الدّارِ تبعًا لِلطَّاهرِ منها كالحجَرِ والخشَبِ [(٤)] فاغْتُفِرَ فيه ذلك من مَصالِحِها كالحيوانِ يصِحُّ بيعُه وبباطِنِه النَّجاسَةُ ، وينزِلُ كلامُهم على بيعِ الآجُرِّ مُنفرِدًا أمَّا بيعُ مُتنَجِّسٍ يُمكِنُ طُهْرُه بالغَسلِ [(٥)] كثَوْبٍ تنَجَّسَ بما لا يستُرُ شَيْئًا منه فيصِحُّ .

(ويصِحُّ بيعُ القَزِّ وفيه الدُّودُ) ولو مَيِّتًا لأنَّ بَقاءَه فيه من مَصلحَتِه كالحيوانِ

= بَيْع دُهْنِ بزرِ الكتَّانِ وإنْ كان مُتنَجِّسًا وليس كذلك وإنْ صَرَّحَ البنْدَنيجيُّ بخلافِه .

(فرعٌ) السُّكَّرُ إذا تنَجَّسَ لا يصِحُّ بَيْعُه لأنَّه لا يُمكِنُ تطْهيرُه ذكرَه الماورديُّ في الحاوِي قُبَيْلَ باب السَّلَمِ بأوراقٍ قال شيخُنا صورتُه أنَّه تنَجَّسَ قبلَ طَبخه وانعِقادِه .

(١) رواه ابن حبان في صحيحه - كما في الإحسان - (٢٣٨/٤) حديث (١٣٩٤) ، والحديث رواه أبو داود (٣٦٤/٣) كتاب الأطعمة ، باب الفأرة تقع في السمن ، حديث (٣٨٤٢) ، بلفظ «وإن كان مائعًا فلا تقربوه» .

(٢) (قوله : الماءُ القليلُ بالمكاثَرَةِ) والكَثيرُ بزَوالِ التغَيُّرِ .

(٣) (قوله : مع أنَّه يطهرُ المضبوغُ به بالغسلِ) لِعُسرِ التطهيرِ الذي يُتوصَّلُ به إلى تحْصيلِ المقصودِ من الأكْلِ وغيرِه ، فيصيرُ عُسرُ التمَكُّنِ من الانتفاعِ كعُسرِ أخذ السَّمَكِ من الماءِ الذي لا يتمَكَّنُ من أخذِ منه إلا باحتمالِ تعَبٍ شَديدٍ وكَعُسرِ أخذ الطَّائرِ من الدَّارِ الفجَّاءِ الذي لا يتمَكَّنُ منه إلا بتعَبٍ شَديدٍ ، والأصحُّ فيه المنعُ ، وعُلِمَ أنَّ الثوبَ المضبوغَ بنَجَسٍ لا يُمكِنُ فصْلُه لا يصِحُّ بَيْعُه لِلتَّستُّرِ به ، وإنْ بَحَثَ ابنُ الرِّفعَةِ صِحَّتَه .

(٤) (قوله : كالحجَرِ والخشَبِ) أي والعرصَةِ .

(٥) (قوله : يُمكِنُ طُهْرُه بالغَسلِ) ولو مع التُّراب .

(فرعٌ) الأرضُ المُسَمَّدَةُ بالعذرَةِ والنجاسات لا يُمكِنُ تطهيرُها إلا بإزالَةِ ما وصَلَ إليه السَّمادُ منها ، والطَّاهرُ منها غيرُ مَرئِيٍّ ، قال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ - وعليه الإجماعُ الفِعليُّ - صِحَّةُ بَيْعِها كذلك ، وقد يوجَّه بأنَّه من مَصْلَحَتِها فاغْتُفِرَ أو بالضَّرورَةِ .

بباطِنِه النَّجاسَةِ ، ويُباعُ جُزافًا وزنًا كما اقتضاه كلامُهم ، وصرّحَ به في الرَّوْضَةِ وغيرِها ، والدُّودُ فيه كنَوى التمرِ ، وقال في الكِفايةِ : لا يجوزُ وزنًا وحُمِلَ على بيعِه في الذِّمَّةِ (١) كما يمتنِعُ السَّلمُ فيه ، وفرَّقَ بأنَّ بيعَ المعَيَّنِ يعتمِدُ المشاهَدَةَ ، والجهالَةُ معها تقِلُّ بخِلافِ بيعِ ما في الذِّمَّةِ من سَلمٍ وغيرِه فإنَّه يعتمِدُ الوصْفَ والغرَرَ ومعه يكثُرُ ، (و) يصِحُّ بيعُ **(بذرِ القزِّ)** وهو البيضُ الذي يخرُجُ منه دودُ القزِّ كما مَرَّ بَيانُه في باب النَّجاسَةِ **(و)** بيعُ **(فأْرَةِ المِسْكِ)** بناءً على طَهارَتِهما وهو الأصَحُّ **(ولو تصَدَّقَ بالدُّهنِ)** المتنجِّسِ **(لِلاستِصْباحِ)** به مَثَلا على إرادَةِ نَقْلِ اليدِ لا التمليكِ **(جازَ)** وكالتصَدُّقِ الهبَةُ والوصيَّةُ ونَحوُهما كما صرّحَ به الأصلُ وكالدُّهنِ الكلْبُ والسِّرقينَ ونَحوُهما :

(ويجوزُ اقتِناءُ الكلْبِ لِمَنْ يصيدُ) به **(أو يحفظُ به نَحو الماشيةِ)** كزَرعٍ ودربٍ وشَجَرٍ ونفسِه في حَضَرٍ أو سَفرٍ **(لا قبلَ شرائِها)** أيِ الماشيةِ ونَحوِها يعني تمَلُّكَها ، فلا يجوزُ اقتِناؤُه لِغيرِ مالِكِها ليحفظَها به إذا مَلَكها ولا غيرَ صَيَّادٍ ليصْطادَ به إذا أرادَ كما صرّحَ به في الرَّوْضَةِ والمجمُوعِ ولا يجوزُ اقتِناءُ الخِنْزيرِ مُطلَقًا ، ويجوزُ اقتِناءُ الفهْدِ كالقِردِ والفيلِ وغيرِهما **(ويجوزُ تربيةُ الجروِ)** (٢) الذي يُتوقَّعُ تعليمُه **(لِذلك)** أيْ لِلصَّيْدِ ولِحِفْظِ الماشيةِ ونَحوِهما لا قبلَ تمَلُّكِها ، والجروُ -بتثليثِ الجيمِ -ولَدُ الكلْبِ والسَّبُعِ ذَكرَه الجوْهَريُّ . **(و)** يجوزُ **(اقتِناءُ السِّرجينَ لِلزِّراعَةِ)** عِبارَةُ الرَّوْضَةِ : ويجوزُ اقتِناءُ السِّرجينِ وتربيةُ الزَّرعِ به لكنْ يُكرَه .

(الشرطُ الثاني : الانتِفاعُ) به شرعًا ولو في المآلِ كالجحشِ الصَّغيرِ **(فلا يصِحُّ بيعُ ما لا نفعَ به)** (٣) لأنَّه لا يُعَدُّ مالا فأخذُ المالِ في مُقابَلَتِه مُمتنِعٌ لِلنَّهْيِ عن إضاعَةِ المالِ وعَدَمِ نفعِه **(إمَّا لِقِلَّتِه كحَبَّتَيْ حِنطَةٍ وزَبيبٍ)** (٤) ولا أثرَ لِضَمِّ ذلك

---

(١) (قوله : وحُمِلَ على بَيْعِه في الذِّمَّة) لأنَّ الوزنَ إذا كان لا يزيدُ المبيعَ جَهالَةً لَم يمتنع إلا في باب الرِّبا فإنَّه لو باعَ المكيلَ وزنًا لَم يجُز ، وليس القزُّ بربَويٍّ وليس العِلَّةُ فيه جَهالَةَ المقصودِ بدَليلِ أنَّه لا يجوزُ بَيْعُه جُزافًا ، والدُّودُ الذي في بَطنِه نازِلٌ مَنْزِلَةَ نوى التمرِ فكما يجوزُ بَيْعُ التمرِ جُزافًا ووزنًا كذلك يجوزُ بَيْعُ ما شوهِدَ من القزِّ جُزافًا ووزنًا وإن كان المقصودُ مَجْهولا .

(٢) (قولـه : ويجوزُ تربيةُ الجروِ إلخ) يُشترَطُ أنْ يكونَ من نَسلِ كلبٍ مُعَلَّمٍ كذا ذكرَه البغَويّ في التدريب ، ولَم يذْكُر فيه خلافًا وذكرَ في النِّهايَةِ ما يقتضيه .

(٣) (قوله : فلا يصِحُّ بَيْعُ ما لا نفعَ به) كالحِمارِ الزَّمِنِ .

(٤) (قوله : كَحَبَّتَيْ حِنطَةٍ وزَبيبٍ) لكونِهما لا قِيمَةَ لهما فلا يُعَدَّانِ مالا في العُرفِ ....=

إلى مِثلِه أو وضعِه في الفخِّ ، ومع هذا يحرُمُ غَصْبُه (ويجِبُ الرَّدُّ) له (فإنْ تلِف فلا ضَمانَ) إذ لا ماليَّةَ وما نُقِلَ عن الشافعيِّ من أنَّه يجوزُ أخذُ الخِلالِ والخِلالَيْنِ من خَشَبِ الغيرِ يُحمَلُ على عِلمِه برِضا مالِكِه (وإمَّا لِخَسَّتِه كالحشراتِ) [١] وهي صِغارُ ودَوابُّ الأرضِ كالخُنفُساءِ (والفأرَةِ والنَّملِ) والحيَّةِ والعقرَب ، ولا عِبْرَةَ بما يُذكَرُ من مَنافعِها في الخواصّ ، لأنَّها لا تُعَدُّ مالا ، وبما قَرَّرْتُه عُلِمَ أنَّ قوله كالحشراتِ شامِلٌ للفأرَةِ والنَّملِ فذكرَهما بعدَه من ذِكرِ الخاصِّ بعدَ العامِّ (لا العلقِ) [٢] فيجوزُ بيعُه (لِلامتِصاصِ) أيْ لِمَنفعَةِ امتِصاصِ الدَّمِ (وبيعُ غيرِ الجوارِحِ) المعَلَّمَةِ
١٠/٢ (من السِّباعِ والطَّيْرِ)/ممَّا لا نفعَ فيه (كالأسَدِ [٣] والذِّئب والحِدَأةِ والغُراب) غيرِ المأكُولِ (باطِلٌ) ولا نَظَرَ لِمَنفعَةِ الجِلْدِ بعدَ الموتِ ولا لِمَنفعَةِ الرِّيشِ في النَّبلِ ولا لاقْتِناءِ الملُوكِ لِبعضِها للهَيْبَةِ والسِّياسَةِ (ويصِحُّ بيعُ ما يُنْتفعُ به) من الجوارِحِ وغيرِها (كالفهْدِ) [٤] لِلصَّيْدِ (والفيلِ) للقِتالِ (والقِردِ) للحِراسَةِ (والنَّحلِ) للعَسَلِ (والعندَليب والطَّاوُسِ للأُنسِ بصَوْتِه) أيِ العندَليب (ولونِه) أيِ الطَّاوُسِ ولا فائِدَةَ لِعُدولِه عن تمثيلِ أصلِه بالزُّرزورِ إلى تمثيلِه بالعندَليب ، وقد مَثَّلَ بهما مَعًا في المجمُوعِ ، وما قيلَ من أنَّ ذلك يقتضي أنَّه لا يحِلُّ أكلُهما وليس كذلك ، رُدَّ بأنَّ المرادَ [٥] أنَّ ما يُزادُ في ثَمَنِه لأجلِ صَوْتِه أو لونِه يصِحُّ بيعُه سواءٌ حَلَّ أكلُه كالمذكُورينِ أم لا كالنَّهاسِ والصُّرَدِ لِصَوْتِهما قال البُلْقينيُّ : والسَّبُعُ الذي لم يصِدْ ولكنْ يُرجَى أنْ يتعَلَّمَ هل يصِحُّ بيعُه قبلَ تعَلُّمِه فيه وجهانِ حَكاهما الماورديُّ ولم يُرجِّحْ شَيْئًا والأرجَحُ الجوازُ .

(و) يجوزُ بيعُ (العبدِ الزَّمِنِ) لأنَّه يُتَقَرَّبُ بعِتقِه (لا الحمارِ الزَّمِنِ) ولا أثَرَ لِمَنفعَةِ جِلْدِه إذا مات .

= أي يُقابَلُ بالأعواضِ وبهذا يندَفِعُ دَعوى الإسنَويِّ التناقُضَ بما في باب الإقرارِ .

(١) (قوله : كالحشَرات) أمَّا الحشَراتُ المأكولَةُ كالضَّبِّ واليربوعِ وأُمِّ حُبَيْنٍ وابنِ عُرسٍ والدُّلدُلِ والقُنفُذ والوبَرِ فيصِحُّ بَيْعُها .

(٢) (قوله : لا العلقُ إلخ) مِثلُه النملُ الكَبيرُ في البلادِ المُنتفع به فيها لِسمكِ الجلدِ والتئامِه .

(٣) (قوله : كالأسَدِ) أي والنمِرِ الذي تعَذَّرَ تعليمُه .

(٤) (قوله : كالفهْدِ) ونَمِرٍ مُعَلَّمٍ أو يتأتَّى تعليمُه وهِرَّةٍ أهْليَّةٍ .

(٥) (قوله : رُدَّ بأنَّ المرادَ إلخ) بأنَّهما ذكرا المنفعَةَ العُظمَى فيهما التي جَرَتْ عادةُ الناسِ بشِرائِهِما وهي الصَّوتُ واللَّونُ .

(فرعٌ : ويحرُمُ بيعُ السُّمِّ) إن قَتلَ كثيرُه وقَليلُه (فإن نَفعَ قَليلُه) وقَتلَ كثيرُه (كالسَّقَمُونيا والأفيُونِ جازَ) بيعُه .

(فرعٌ : آلاتُ الملاهي) كالمِزمارِ والطُّنبورِ (والصُّورُ لا يصِحُّ بيعُها ولو كانت ذَهَبًا) أو فِضَّةً إذ لا نفعَ بها شرعًا ، ولأنَّها على هَيئَتِها لا يُقْصَدُ منها غيرُ المعصيةِ وقد حَرَّمَ النَّبيُّ ﷺ «بيعَ الأصنامِ» (١) رواه الشيخانِ (٢) (ولا) يصِحُّ (بيعُ النَّردِ) كالمِزمارِ (إلا أن صَلحَ بَيادِقَ لِلشِّطرَنْجِ) فيصِحُّ مع الكراهَةِ (ويصِحُّ بيعُ جاريةِ الغِناءِ وكَبْشِ النِّطاحِ وديكِ الهراشِ ولو زادَ الثَّمَنُ لِذلك) قُصِدَ أو لا ، لأنَّ المقصودَ أصالَةُ الحيوانِ (ويُكرَه بيعُ الشِّطرَنْجِ ويصِحُّ بيعُ آنيةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ) (٣) لأنَّهما المقصودانِ ، ولا يشكُلُ بما مَرَّ من مَنعِ بيعِ آلاتِ الملاهي والصُّورِ المتَّخَذَةِ منهما ، لأنَّ آنيتهما يُباحُ استِعمالُها للحاجَةِ (٤) بخِلافِ تِلك .

(فرعٌ : ويصِحُّ بيعُ الماءِ والحجَرِ والتُّراب ولو) كان الماءُ (عِندَ النَّهرِ و) الحجَرُ عِندَ (الجبَلِ و) التُرابُ عِندَ (الصَّحراءِ) لِظُهورِ المنفعَةِ ، فيها ولا يقدَحُ في ذلك المكانِ تحصيلُ مِثلِها بلا تعَبٍ ولا مُؤنَةٍ ، (و) يصِحُّ (بيعُ لَبَنِ الآدَميَّاتِ) لأنَّه طاهرٌ مُنتفعٌ به فأشبَهَ لَبَنَ الشاةِ ، ومِثلُه لَبَنُ الآدَميِّينَ بناءً على طَهارَتِه .

(الشرطُ الثالِثُ : الوِلايةُ) للعاقِدِ على المعقودِ عليه بمِلْكٍ (٥) أو نيابَةٍ أو وِلايةٍ كوِلايةِ الأب والوصيِّ والقاضي والظَّافِرِ بغيرِ جِنسِ حَقِّه والملْتقِطِ لِما يخافُ تلَفه

---

(١) (قوله : وقد حَرَّمَ النبيُّ ﷺ «بَيْعَ الأصنامِ» إلخ) قال الزَّركَشيُّ : قَضيَّةُ إطْلاقِه المنفعَةَ ولو كانت تصلُحُ لِمَنفعَةٍ ولو بأدنَى تغيِيرٍ ومُقتضَى كلامِ الإمامِ في باب الوصيَّةِ الصِّحَّةُ في هذه الحالَةِ ، وينبَغي أنْ لا يكونَ فيه خلافٌ ، ويُؤَيِّدُ ما نَقَله في الرَّوضَةِ عن المتولِّي ولَم يُخالِفه في بَيعِ النَردِ إذا صَلَحَ لِبيادِقِ الشِّطرَنْجِ جازَ وإلا فكالمِزمارِ .

(٢) حديث صحيح سبق تخريجه قريبًا .

(٣) (قوله : يجوزُ بَيْعُ آنيةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ) إذ قد يُقصَدُ بها إحرازُ المالِ ولِذلك جَوَّزَه بعضُهم .

(٤) (قوله : يُباحُ استعمالُها لِلحاجة) بخلافِ تلك هل يلحَقُ بَيْعُ الصُّلُب من النقدَيْنِ بالأواني أم بالصَّنَمِ ونحوِه فيه نَظَرٌ . ا هـ . والأوجَه الثاني قال شيخُنا : يُحْمَلُ على ما إذا أُرِيدَ به ما هو شِعارُهم المخصوصَةُ بتعظِيمِهم ، والأوَّلُ على ما هو مَعروفٌ .

(٥) (قوله : بمِلكٍ) حَقِيقتُه القُدرَةُ على التصرُّفات التي يتعلَّقُ بها تبعَةٌ ولا غَرامَةُ دُنيا ولا أُخرَى وقِيلَ مَعنًى مُقَدَّرٌ في المحَلِّ يعتمِدُ المكَلَّف من التصرُّفِ على وجهٍ ينفي التبعيَّةَ والغرامَةَ ، وقال صاحِبُ التتمَّةِ في كِتاب الإجارَةِ : ما قبلَ التصرُّف فهو المملوكُ وما لا يقبَلُه فهو ليس بمملوكٍ كالحشَرات .

(فبيعُ الفُضوليِّ وتصرُّفاتُـه) أيْ باقيها **(و)** تصرُّفاتُ **(الغـاصِب)** أيْ كُلٌّ منهما **(باطِلٌ)** لِعَدَمِ وِلايتِهما على المعقودِ عليه ؛ ولِخَبَرِ حَكيمِ بْنِ حِزامٍ «ولا تبع ما ليس عِنْدَك» رواه الترمِذيُّ وصححه (١) ولِخَبَرِ «لا طَلاقَ إلا فيما تَملِكُ ولا عِتْـقَ إلا فيما تَملِـكُ ولا بيعَ إلا فيما تَملِـكُ» (٢) رواه أبو داوُد بإسْنادٍ صَحيحٍ (٣) ، **(وكـذا شِراءُ الفُضـوليِّ للغيرِ بعَيْنِ مـالِ الغيْرِ أو في ذِمَّتِه)** بأنْ قال اشتريتُه لـه بألفٍ مَثَلا في ذِمَّتِه مع أنَّه لا يختصُّ بالشِّراءِ داخِلٌ فيما قبله ، لكنَّـه ذكَرَه ليقرِنَه بقِسْمِه الآتي ، وقولُه **(باطِلٌ)** إيضاحٌ فإنْ لم يقُلْ في ذِمَّتِه وقَعَ للمُباشِرِ سواءٌ قال في الذِّمَّـةِ أو لا ، كما صرّحَ به كأصْلِه في الوكالَةِ ، وتعبيرُه بالوِلايةِ أولى من تعبيرِ أصلِه بكوْنِ المِلْكِ لِمَن له العقْدُ (٤) لاقْتِضائِه إخْراجَ بيعِ الفُضوليِّ وشِرائِه ، وعِبارَةُ الأصلِ تقتضي إدْخالهما لأنَّ القائِلَ بصِحَّتِهما لا يقولُ بصِحَّتِهما للفُضوليِّ بل لِمَنْ قَصَدَه **(وإنْ كان)** الشِّراءُ للغيرِ **(بعَيْنِ مالِ الفُضوليِّ أو في ذِمَّتِه وقَعَ له سواءٌ أذِنَ)** له **(ذلك الغيْرُ وسَمَّاه)**
١١/٢ هو في العقْدِ / **(أم لا)** ما ذكَرَه فيما إذا أذِنَ لـه وسَمَّاه هو واشترَى بمالِ نفسِه من تصرُّفِه ، والذي في الأصلِ هنا بناءً على عَدَمِ إلغاءِ تسميةِ العاقِدِ للآذِنِ وُقوعُ العقْدِ

---

(١) صحيـح : رواه الترمـذي في سننـه (٥٣٤/٣) كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهيـة بيع مـا ليس عنـدك ، حـديث (١٢٣٢) ، والحـديث رواه أبـو داود أيضًـا (٢٨٣/٣) حـديث (٣٥٠٣) والنسائي (٢٨٩/٧) حديث (٤٦١١) وابن ماجه (٧٣٧/٢) حديث (٢١٨٨) .

(٢) (قوله : ولا بَيْعَ إلا فيما تَملِكُ) وأمَّا خَبَرُ عُروةَ البارِقِيِّ أنَّه قال «دَفعَ إليَّ رَسولُ الله ﷺ دينارًا لأشتري له به شاةً فاشترَيْت به شاتيْنِ فبعت إحداهما بدينارٍ وجِئْت النبيَّ ﷺ بشاةٍ وِدينارٍ وذكرت له ما كان من أمري فقال بارَكَ الله لَك في صَفقَةِ يمينِك» فأجابوا عنه بأنَّه كان وكيلا مُطْلَقًا عن النبيِّ ﷺ ويدُلُّ عليه أنَّه باعَ الشاةَ وسَلَّمَها ، وعندَ القائِلِ بالجوازِ لا يجوزُ له التسليمُ إلا بإذْنِ المالِكِ .

(٣) حسـن : أبـو داود (٢٥٨/٢) كتـاب الطـلاق ، بـاب في الطـلاق قبـل النكـاح ، حـديث (٢١٩٠) ، والنسائي (٢٨٨/٧) حديث (٤٦١١) .

(٤) (قولـه : لِمَن له العقدُ إلخ) قال الجلالُ المَحَلِّيُّ الواقع فأُخرِجَ بقوله وله الواقِعُ بَيْعُ الفُضوليِّ على القديمِ فإنَّ صِحَّته موقوفةٌ على الإجازَةِ ، فقد قال في المطْلَب : وقفُ العُقودِ المنْسوبُ إلى القديمِ إنَّما تحْصُلُ به الصِّحَّةُ والمِلْكُ من حينِ الإجازَةِ . ا هـ . فالرَّاجِحُ أنَّ الصِّحَّةَ موقوفةٌ على الإجازَةِ إلا أنَّ الصِّحَّةَ ناجِزَةٌ والموقوفُ المِلْكُ كما نَقَله النوويُّ عن الأكثرِينَ ، حَكاه عنه كُـلٌّ من العلائِيِّ والـزَّركَشيِّ في قَواعِدِه ، وإنْ نَقَلَ الرَّافِعِيُّ عن الإمـامِ أنَّ الصِّحَّةَ نـاجِزَةٌ والمُتوقِّفُ على الإجازَةِ هو المِلْكُ وكلامُ الرَّافِعِيِّ في العدَدِ في الكلامِ على نِكاحِ امرأةِ المفقودِ يُفْهِمُ أنَّ الانعِقادَ موقوفٌ وبه صَرَّحَ صاحِبُ العُباب هنا .

للآذِنِ ، وحِكايةُ وجهَيْنِ في أنَّ ثَمَنَ قَرضٍ أو هبَةٍ ، والمرَجَّحُ وُقوعُ العقْدِ للآذِنِ وأنَّ الثَّمَنَ قَرضٌ للآذِنِ لا هبَةٌ كما ذَكرَه كأصْلِه في (١) الوكالَةِ ، ولا تقومُ النِّيَّةُ هنا مَقامَ التسميةِ ، ثُمَّ تعبيرُه بالفُضوليِّ لا يُناسِبُ ذِكرَ الإذْنَ فلو عَبَّرَ كأصْلِه بمالِ نفسِه لَسَلِمَ من ذلك والتصْريحُ بقولِه أو في ذِمَّتِه من زيادَتِه .

(فرعٌ : وإذا باعَ أو أبرأَ من مالِ أبيه) مَثَلا شَيْئًا (أو زَوَّجَ أمَته (٢) ظانًّا بَقاءَه فبانَ مَيْتًا أو باعَ عبدَ نفسِه ظانًّا إباقَه أو كِتابَته فبانَ) أنَّه (قد رجع) من إباقِه (أو فسَخَ) كِتابَتِه (صَحَّ) لِتبيُّنِ ولايتِه عليه ، فالعِبْرَةُ بما في نفسِ الأمرِ (٣) لا بما في ظَنِّ العاقِدِ والوقفُ فيه وقفُ تبيُّنٍ لا وقفُ صِحَّةٍ ، ويُخالِفُ إخراجَ زَكاةِ المالِ بشرطِ مَوْتِ مُورِّثِه ؛ لأنَّ النِّيَّةَ مُعتبَرَةٌ فيها ولم يبنِها على أصلٍ ، وأمَّا ما ذَكرَه الأصلُ في الرِّبا من أنَّه لا يصِحُّ نِكاحُ مَنْ لم يعلم أنَّها مُعتدَّةٌ أو أُختُه أم لا فقد صرّحَ الرُّويانيُّ بخِلافِه على أنَّه يُفرَّقُ بأنَّ (٤) الشكَّ ثَمَّ في حِلِّ المعقودِ عليه وهنا العاقِدُ وبينهما فرقٌ ، وإن اشترَكا في الرُّكنيَّةِ ، ومَسْألَةُ الإبْراءِ من زيادَةِ المصنفِ هنا ، وقد أعادَها في الضَّمانِ تبعًا لِذِكرِ الأصلِ لها ثَمَّ (وكذا) يصِحُّ (لو باعَ هازِلا) لأنَّه أتى باللفظِ عن قَصْدٍ واختيارٍ ، وعَدَمُ رِضاه بوُقوعِه لِظَنِّه أنَّه لا يقَعُ له أثَرٌ له خطأُ ظَنِّه وهذا إعادَةٌ في الطَّلاقِ في ضِمنِ سائرِ التصَرُّفاتِ (أو) باعَ (لِلتَّلْجِئَةِ) بأنْ يبيعَ ماله لِصَديقِه خَوْف غَضبٍ أو إكراهٍ ، وقد توافقا قبله على أنَّه يبيعُه له ليرُدَّه إذا أمِنَ ، وهذا كما يُسَمَّى بيعُ التلجِئَةِ يُسَمَّى بيعَ الأمانَةِ وقولُه : إنْ ماتَ أبي فقد زَوَّجْتُك

---

(١) (قوله : كما ذكرَه كأصلِه في الوكالَة) ما ذكرَه هنا صورَتُه أنَّ الغيْرَ اقتصَرَ على إذْنِه له في الشِّراءِ ولَم يأذَنْ له في شِرائِه بمالِ نفسِه ، ولهذا عَبَّرَ فيه بالفُضوليِّ وما في الوكالَةِ صورَتُه أنَّه أذنَ له في شِرائِه بمالِ نفسِه فهما مَسألَتانِ ، وحُكمُ كُلٍّ منهما ما ذكرَ المُصَنِّفُ فيه .

(٢) (قوله : أو زَوَّجَ أمَته) قال السُّبكيُّ : وفيه إشكالٌ لأنَّهم احتاطوا في النِّكاحِ وقالوا : لو تزَوَّجَ الخُنْثَى فبانَ رَجُلا ، لَم يصِحَّ جَزمًا وكذا لو تزَوَّجَ مَنْ يشُكُّ في كونِها مُحَرَّمَةً عليه فبانَتْ حَلالا له ا هـ . ويُجابُ بقوَّةِ تأثيرِ الشكِّ فيما أُستُشكِلَ به ، إذ الزَّوجةُ مَعقودٌ عليها وقيلَ : إن الزَّوجَ كذلك ولأنَّه أعظَمُ أركانِ النِّكاحِ .

(٣) (قوله : فالعِبرَةُ بما في نفسِ الأمرِ إلخ) لا يختصُّ هذا بظَنِّ غيرِ المملوكِ بل الضَّابطُ ظَنُّ فِقدانِ الشرطِ كما لو ظَنَّ أنَّه غيرُ مُنتفعٍ به أو غيرُ طاهرٍ أو غيرُ مَقدورٍ على تسلُّمِه فكان بخلافِ ذلك : وهذا مُرادُهم وإن لَم يُصَرِّحوا به ر .

(٤) (قوله : على أن يُفرِّقَ بأنَّ الشكَّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه (قوله : فقد زَوَّجْتُك أمَته) أي أو بعتُكَها (قوله : وإلا فيصِحُّ ذكرَه في المُهمَّات) أشارَ إلى تصحيحِه .

أَمَته باطِلٌ ، كما صحّحه في الرَّوْضَةِ في النّكاحِ لأنَّه تعليقٌ فأشبَهَ قوله إنْ قَدِمَ زَيْدٌ زَوَّجْتُكَ أمَتي ، وذكرَ ابنُ الصَّبَّاغِ ما حاصِلُه أنَّ صورَةَ المسألَةِ وجَميعَ نَظائِرِها أنْ لا يعلما حالَ التعليقِ وُجودَ المعَلّقِ عليه وإلا فيصِحُّ ، ذَكرَه في المهمّـاتِ وهو مُناسِبٌ لِما سَيأتي في النّكاحِ في قولِه وقد بُشِّرَ ببنتٍ ، إنْ صَدَقَ المخبرُ فقد زَوَّجْتُكها .

(الشرطُ الرَّابعُ : القُدْرَةُ على التسَلُّم) [١] لـلمَعقودِ عليه حِسًّا وشرعًا ليُوثَقَ بحُصولِ العِوضِ وَلِيَخرُجَ عن بيعِ الغرَرِ المنهيِّ عنه في خَبَرِ مُسْلِمٍ قال الماورديُّ : والغرَرُ ما تَرَدَّدَ بين مُتضادَّيْنِ أغلَبُهما أخوفُهما ، وقيلَ : ما انطَوتْ عَنَّا عاقِبَتُه . (ولا يُشترَطُ اليأسُ من التسليمِ بل ظُهورُ التعَذُّرِ كافٍ فلا يصِحُّ بيعُ المغصوب) من غيرِ غاصِبه (و) لا بيعُ (الآبقِ) للعَجْزِ عن تسليمِهما حالاً ، نَعَم إنْ كان البيعُ ضِمنيًّا صَحَّ كما سَيأتي في كفَّارَةِ الظِّهارِ ، قال الزَّركشيُّ -أخذًا من كلامِ الإمامِ- : ومِثلُه بيعُ مَنْ يُحكمُ بعِتقِه على المشتري بالشِّراءِ (و) لا (كِتابَتُهما) [٢] لأنَّها تقتضي التمَكُّنَ من التصَرُّفِ (وإنْ عَرَف مَوْضِعَهما) وعَلِمَ أنَّه يصِلهما إذا أرادَ لكنْ بكُلْفةٍ فإنَّ ذلك لا يصِحُّ فيهما لكن ذَكرَه لِكِتابَةِ الآبقِ من تصَرُّفِه وليس بصَحيحٍ لأنَّه مُتمَكّنٌ من التصَرُّفِ بل المغصوبُ إنْ تمَكَّنَ من التصَرُّفِ صَحَّتْ كِتابَتُه كبيعِه مِمَّن يقـدِرُ على نَزْعِه ، ومِثلُهمـا في مَنعِ بيعِهمـا وفيما يأتي الضَّالُّ كمـا نَبَّهَ عليه الأصـلُ واستُشكِلَ في المهمّاتِ مَنعُ بيعِهم [٣] بأنَّ إعتاقَهم جائِزٌ ، وقد صرّحوا بأنَّ العبدَ إذا لم يكنْ في شِرائِه مَنفعَةٌ إلا حُصولُ الثَّوابِ بالعِتقِ كالعبدِ الزَّمِنِ صَحَّ بيعُه ، وإعتاقُ المبيعِ قبلَ قبضِه صَحيحٌ على الصَّحيحِ ويكونُ قبضًا ، قال : فلم يصِحَّ بيعُ هَؤلاءِ إذا

---

(١) (قوله : على التسَلُّم) حِكْمَةُ التعبيرِ بالتسَلُّمِ بضَمِّ اللاَّمِ لأنَّ التسليـمَ فِعلُ البائعِ وليستْ قُدرَتُه بشرطٍ كما يأتي في بَيْعِ المغصوبِ ونحوِه لِلقادِرِ على انتزاعِه ز .

(٢) (قوله : ولا كِتابَتُهما) صورَةُ عَدمِ صِحَّةِ كِتابَتِهما إذا لَمْ يتمَكّنا من التصَرُّفِ .

(فرعٌ) باعَ حَيوانًا في حالِ صِيالِه لَـم يصِحَّ ، لأنَّه مُهدرٌ ، قاله ابنُ يحيى في تعليقِه قال : فلو باعَه فصالَ ثم عادَ مُستسلِمًا عادَ البيعُ كما لو باعَ عَصيرًا فتخَمَّرَ ثم عادَ خَلاًّ .

(٣) (قوله : واستشكَلَ في المهمّاتِ مَنعَ بَيْعِهم إلخ) الفرقُ أنَّ إيرادَ العقدِ على بعضِ مَنافعِ العبدِ لا يصِحُّ بخلافِ العبدِ الزَّمِنِ فإنَّه قد أورَدَ العقدَ على كُلِّ مَنفعَةٍ له ، وإنَّما امتنعَ البيعُ في العبـدِ الزَّمِنِ ، إذا كـان آبقًا أو مَغصوبًا لأنَّ العبدَ الزَّمِنَ يُنْتفعُ بـه في مَقاصِدَ غيرِ العِتقِ كالحِراسَةِ والتعليمِ وغيرِ ذلك ، فلا يصِحُّ إيرادُ العقدِ لِعَدَمِ القُدرَةِ على تسليمِ بعضِ المنافِعِ التي ورَدَ عليها العقدُ وهذا من الواضِحات (ت) .

كانُوا زَمنَى بل مُطْلَقًا لِوُجودِ مَنفعَةٍ من المنافعِ التي يصِحُّ لها الشِّراءُ .

وأُجيبُ بأنَّ الزَّمِنَ ليس فيه مَنفعَةٌ حيلَ بين المشتري وبينها بخِلافِ الثَّلاثَةِ ، وقَضيَّتُه أنَّه إذا لم يكن لهم مَنفعَةٌ سِوى العِتْقِ يصِحُّ بيعُهم وفيه نَظَرٌ لِعَدَمِ قُدْرَةِ المشتري على تسليمِهم لِيُمَلِّكهم لِغيرِه (بخِلافِ التزويجِ والعِتْقِ) لِمَنْ ذَكَرَ فإنَّه يصِحُّ وإن انتفتِ القُدْرَةُ على التسليمِ (فإن اشتراهما قادِرٌ عليهما صَحَّ) نَظَرًا إلى وُصولِه إليهما إلا أن احتاجَتْ قُدرَتُه على مُؤْنَةٍ ، قال في المطْلَب : فينبَغي البُطْلانُ (١) وعلى هذا لو قَدرَ البائعُ عليهما (٢) صَحَّ بيعُهما أيضًا كالمودَعِ والمعارِ قال في المطْلَب : إلا إذا كان فيه كُلفةٌ فينبَغي أنْ يكونَ / كبيعِ السَّمَكِ في البركةِ أيْ وشَقَّ تحصيلُه منها ، قال : وهذا عِندي لا مَدفعَ (٣) له (وله) أيْ للمُشتري القادِرِ عليهما (الخيار إنْ جهِلَ) الحالَ وقتَ البيعِ (أو عَلِمَ) به (وعَرَضَ مانِعٌ) أيْ عجْزَ عن البيعِ لا يلزَمُه كُلفةُ التحصيلِ (٤) وقَضيَّتُه صِحَّةُ العقْدِ في حالَةِ الجهْلِ مع الاحتياجِ في التحصيلِ إلى مُؤْنَتِه ، ولا يُنافيه ما تقدَّمَ عن المطْلَب ؛ لأنَّ ذلك عِندَ العِلْمِ بالحالِ وهذا عِندَ الجهْلِ به فأشبَهَ ما إذا باعَ صُبْرَةً تحتها دَكَّةٌ فإن اختلَفا في العجْزِ صُدِّقَ المشتري بيمينِه . ١٢/٢

(فائِدَةٌ) قال الثَّعالِبيُّ : لا يُقالُ للعبدِ آبِقٌ إلا إذا كان ذَهابُه من غيرِ خَوفٍ ولا كدٍّ في العمَلِ وإلا فهو هارِبٌ ، قال الأذْرَعيُّ : لكنَّ الفُقَهاءَ يُطْلِقونَه عليهما .

(ولا يصِحُّ بيعُ طائِرٍ في الهَواءِ وإنْ تعَوَّدَ العوْدَ) إلى محَلِّه لِما فيه من الغرَرِ ولأنَّه لا يوثَقُ به لِعَدَمِ عَقْلِه ، وبهذا فارَقَ صِحَّةَ بيعِ العبدِ المرسَلِ في حاجَةٍ (إلا

---

(١) (قوله : قال في المطْلَب فينبَغي البُطْلانُ) وهو ظاهِرٌ .

(٢) (قوله : وعلى هذا لو قَدرَ البائعُ عليهما إلخ) المُرادُ بالقُدرَةِ تحَقُّقُها ، فلو احتمَلَ قُدرَته وعَدَمَها لَم يجُزْ قاله الدَّارِميُّ ، لكنْ في فتاوى القفَّالِ : لو قال المُشتري : كُنْت أظُنُّ أنِّي قادِرٌ على قبضِه والآنَ لا أقدِرُ فإنَّه يحْلِفُ ويُحكَمُ بعَدَمِ انعِقادِ البيعِ ا هـ . وجَزَمَ به في الأنْوارِ .

(٣) (قوله : قال وهذا عندي لا مِدفعَ له) قال الأذْرَعيُّ : وهو في غايةِ الحُسنِ والزَّرْكَشيُّ هو كما قال .

(٤) (قوله : البيعِ لا يلزَمُه كُلفةُ التخصيلِ) أي ولا يحْتاجُ فيه إلى مُؤْنَةٍ وإلا فلا يصِحُّ كما تقَدَّمَ عن المطْلَب ، والفرقُ بين هذه المسألَةِ ومَسألَةِ الصُّبرَةِ أنَّ عِلَّةَ البُطْلانِ في هذه الاحتياجُ في تسَلُّمِ المبيعِ إلى مُؤْنَةٍ ، وهي لا تختلِفُ بالعِلمِ والجهْلِ وفي تلك حالَةُ العِلمِ بالدَّكَّةِ ومَنَعَها تخمينُ القدرِ فيكثُرُ الغرَرُ وهي مُنتفِيةٌ حالَ الجهْلِ بها كَ .

النَّحلَ المؤثوقَةُ أُمُّه) بأنْ تكونَ في الكُوَّارَةِ فيصِحُّ بيعُه ، وفارَقَ بَقيَّةَ الطُّيُورِ بأنَّه لا يُقصَدُ بالجوارِحِ وبأنَّه لا يأكُلُ عادَةً إلا مِمَّا يرعاه ، فلو توقَّف صِحَّةُ بيعِه على حَبْسِه لَرُبَّما أضَرَّ به أو تعَذَّرَ به بيعُه بخِلافِ بَقيَّةِ الطُّيُورِ فإنَّها تُعلَفُ وتقييدُه النَّحلِ بما ذَكَرَ من زيادَتِه ، وصرّحَ به ابنُ الرِّفعَةِ وأُمُّه يعسوبُه وهو أميرُه **(ولا بُدَّ من رُؤْيتِه في الكُوَّارَةِ أو حالَ خُروجِه)** منها أو دُخولِه إليها وهذا مَعلُومٌ مِمَّا يأتي في الشرطِ الخامِسِ ، والكُوَّارَةُ - بضَمِّ الكافِ وفتحِها مع تشديدِ الواوِ فيهما ومع تخفيفِها في الأولِ - الخليَّةُ ، وحُكي أيضًا كسرُ الكافِ مع تخفيفِ الواوِ .

(ولا) يصِحُّ **(بيعُ سَمَكٍ في ماءٍ ولو في بركةٍ إنْ شَقَّ تحصيلُه منها)** لِعَدَمِ قُدرَةِ تسليمِه **(لا إنْ سَهلَ)** تحصيلُه (١) **(ولم يمنَع الماءُ رُؤيته)** فيصِحُّ بيعُه **(وبُرجُ الطَّائِرِ كالبركةِ لِلسَّمَكِ)** فيأتي في بيعِه فيه ما مَرَّ آنِفًا **(ويبطُلُ جُزءٌ مُعَيَّنٌ لا شائِعٌ من نَحوِ سَيفٍ وثَوبٍ ينقُصُ بقَطعِهِ)** قيمَةٌ أو **(قيمَةُ الباقي)** نَقصًا يُحتفلُ بِمِثلِه للعَجزِ عن تسليمِه شرعًا إذ التسليمُ فيه إنَّما يُمكِنُ بالقَطعِ وفيه نَقصٌ وتضييعُ مالٍ وهو حَرامٌ ، وفرَّقوا بينه وبين ما قالُوه من صِحَّةِ بيعِ ذِراعٍ من أرضٍ بأنَّ التمييزَ فيها يحصُلُ بنَصْبِ عَلامَةٍ بين المِلْكينِ بلا ضَرَرٍ ، قال الرَّافعيُّ : ولَك أنْ تقولَ قد تتضَيَّقُ مَرافِقُ الأرضِ بالعلامَةِ ، وتنقُصُ القيمَةُ فينبَغي إلحاقُها بالثوبِ . وأُجيبَ بأنَّ النَّقصَ فيها يُمكِنُ تدارُكُه بخِلافِه في الثَّوبِ ، قال في المجمُوعِ : وطَريقُ مَنْ أرادَ شِراءَ ذِراعٍ مُعَيَّنٍ من ثَوبٍ نَفيسٍ أنْ يُواطِئَ صاحِبَه على شِرائِه (٢) ثُم يُقاطِعَه قبلَ الشِّراءِ ثُم يشتريه فيصِحُّ بلا خِلافٍ ، وظاهِرُه أنَّه لا يحرُمُ القَطعُ ، ووجهه أنَّه طَريقٌ لِحِلِّ البيعِ فاحتُمِلَ للحاجَةِ ولا حاجَةَ إلى تأخيرِه عن البيعِ (٣) .

---

(١) (قوله: لا انْ سَهلَ تحْصيلُه) أي وكان يملِكُه بأنِ اضطادَه وألقاه فيها أو سَدَّ مَنفذَها بنيَّةِ أخذه.

(٢) (قوله : أنْ يواطِئَ صاحِبَه على شِرائِه إلخ) قال الأذرَعيُّ : لا يخفى ما فيه من الضَّرَرِ لأنَّه قد يبدو له فلا يشتريه ، والمواطَأةُ لا تلزَمُه قال الناشِريُّ : ويُؤخَذُ من قوله : والمواطَأةُ لا تلزَمُه شيئًا من جَماعَةٍ لو قالوا لآخَرَ اذبَحْ لَنا شاتك هذه على أنَّ كُلَّ واحدٍ يأخُذُ منها شيئًا فذَبَحها على ظَنِّ أنَّهم يأخُذونَ فقالوا لا حاجةَ لَنا في لَحْمِ أنَّه لا يجِبُ عليهم شيءٌ لأجلِ هذا الغرَرِ الذي صَدرَ منهم إذ لَم يجرِ شيءٌ يوجِبُ الضَّمانَ ولَم يجرِ عَقدٌ صحيحٌ ، وبه أجابَ ابنُ أبي الحذَّاءِ في فتاويه ، وأجابَ ابنُ أبي عُقامَةَ بأنَّه يجِبُ عليهم ما بين قِيمَتِها مَذبوحةً وسَليمَةً ثم قال فإنْ لَم يجِد المالِكُ مَنْ يشتريها لَزِمَهم جَميعُ قِيمَتِها .

(٣) (قوله: ولاحاجةَ الى تأخيره عن البيع) قال الزَّركَشيُّ: بل طَريقُ مَنْ أرادَ ذلك أن يشتريه مشاعاً ثم يقتسمان.

(فلو كان) الجزءُ (مِمَّا لا ينقُصُ) بقَطعِه ككِرباسٍ (جازَ) البيعُ لانتِفاءِ المحذورِ أمَّا بيعُ الجزءِ الشائعِ فجائزٌ مُطلَقًا لِذلك ويصيرُ الجُزءُ مُشتركًا .

(ويجوزُ بيعُ أحدِ زَوجَيْ خُفٍّ) وإنْ نَقَصَتْ قيمَتُهما بتفريقِهما (١) (إذْ لا قَطْعَ) هذا التعليلُ من زيادَتِه ، (ولا يصِحُّ بيعُ جِذعٍ مُعَيَّنٍ) في بناءٍ ، لأنَّ الهَدْمَ يُوجِبُ النَّقْصَ ولا بيعُ بعضٍ مُعَيَّنٍ (من جِدارٍ) إنْ كان (فوقَه شيءٌ أو كان) الجِدارُ (قِطعَةً واحِدَةً من نَحوِ طينٍ) كخَشَبٍ ، لأنَّه لا يُمكِنُ تسليمُه إلا بهَدْمِ ما فوقَه في الأُولى وهدْمِ شيءٍ منه في الثانيةِ (فإنْ كان) الجِدارُ (من لَبِنٍ أو آجُرٍّ) ولا شيءَ فوقَه (وجُعِلَتِ النِّهايةُ نِصفَ السَّمَكِ) أيْ سَمَكِ اللبِنِ أو الآجُرِّ (فكذلك) لا يصِحُّ بيعُه وذِكرُ نِصفِهما مِثالٌ فغيرُه ومن الكُسورِ كذلك (وإلا) أيْ وإن لم تُجْعَلِ النِّهايةُ نِصفَ سَمَكِهما أو نَحوَه بأنْ جُعِلَتْ نِصفًا من صُفوفِهما (صَحَّ) قال في الأصلِ وفيه إشكالٌ لأنَّ مَوضِعَ الشقِّ قِطعَةٌ واحِدَةٌ من طينٍ أو غيرِه ولأنَّ رَفعَ بعضِ الجِدارِ يُنقِصُ قيمَةَ الباقي فلا يفسُد البيعُ كبيعِ جِذعٍ في بناءٍ ، وأجابَ ابنُ الرِّفعَةِ عن الأولِ بأنَّ الغالِبَ أنَّ الطِّينَ الذي بين اللبناتِ لا قيمَةَ له ، وعلى الثاني بأنَّ نَقْصَ القيمَةِ من جِهَةِ انفِرادِه فقط وهو لا يُؤَثِّرُ بخِلافِ الجِذعِ فإنَّ إخراجَه يُؤَثِّرُ ضَعفًا في الجِدارِ .

(ولا يصِحُّ بيعُ فَصٍّ في خاتَمٍ) (٢) لأنَّ فصله يُوجِبُ النَّقْصَ ، (و) لا يصِحُّ (بيعُ جَمْدٍ وثَلجٍ وزنًا وهو) أيْ كُلٌّ منهما (يَمَّاعُ) أيْ يسيلُ/ (قبلَ وزنِه) قال في المهمَّاتِ : وهذا ظاهِرٌ إنْ كان على الأرضِ فإنْ كان في إناءٍ وقال بعتُك هذا ولم يقُلِ الجَمْدَ صَحَّ جَزمًا وإنْ قال الجَمْدَ فيُتَّجَه تخريجُه على الخِلافِ في تعارُضِ الإشارَةِ والعِبارَةِ ، وَرُدَّ بأنَّ الخِلافَ إنَّما يجيءُ عِندَ اختِلافِ الإشارَةِ والعِبارَةِ كبعتُك هذِه الرَّمَكَةَ (٣) فإذا هي بَغلَةٌ وهنا مُتَّفِقانِ فإنْ كان جَمْدًا حالَةَ العقْدِ عليه وإنَّما سالَ ١٣/٢

(١) (قوله : وإنْ نَقَصَتْ قِيمَتُها بتفريقِهما) لإمكانِ تلافي ماليَّةِ النقصِ بشِراءِ البائِعِ ما باعَه أو شِراءِ المشتري ما بَقِي ، وماليَّةُ النقصِ في بَيْعِ جُزءٍ مُعَيَّنٍ مِمَّا ينقُصُ بقِطعَةٍ ذَهَبَتْ بالكُلِّيَّةِ لا تدارُكَ لها .

(٢) (قوله : ولا يصِحُّ بَيْعُ فصٍّ في خاتمٍ) ، ولا يصِحُّ بَيْعُ حَريمِ المعمورِ دونَه وشِربِ الأرضِ دونَها .

(٣) (قوله : كَبعتُكَ هذه الرَّمَكَةَ إلخ) قال شيخُنا : الرَّمَكَةُ بفتحِ الرَّاءِ والميمِ والكافِ قال في الصِّحَاحِ : وهي الأُنثَى من البراذينِ .

بعدَه ، نَعَم ينبَغِي أنْ يكونَ مَحَلُّ الخِلافِ ما إذا لم تكن له قيمَةٌ عِنْدَ سَيلانِه وإلا لم ينفسِخ العقدُ (١) وإنْ زالَ الاسمُ كما لو اشترَى بيضًا فتفرَّخَ قبلَ قبضِه ، والجَمْدُ بسُكُونِ الميمِ وحَكَى ابنُ قُرقولٍ فتحَها ثُم صَوَّبَ السُّكُونَ قال وهو الماءُ الجامِدُ من شِدَّةِ البَرْدِ .

(ولا) يصِحُّ (بيعُ مَرهونٍ بعدَ القبضِ) بغيرِ إذْنِ مُرتهنِه للعَجْزِ عن تسليمِه شرعًا (٢) (وكذا جانٍ تعَلَّقَ برَقَبَتِه (٣) مالٌ كسَرِقَةِ دِرهَمٍ) أيْ كأنْ سَرَقَ رَقيقٌ دِرهَمًا وتلِف وكأنْ قَتلَ غيرَه خَطأً أو شِبْهَ عَمدٍ أو عَمدًا وعَفا على مالٍ لا يصِحُّ بيعُه بغيرِ إذْنِ المجنِيِّ عليه (٤) لِتعَلُّقِ الحقِّ به كالمرهونِ وأولى ؛ لأنَّ الجِنايةَ تُقَدَّمُ على الرَّهْنِ (٥) ، والتمثيلُ بسَرِقَةِ الدِّرهَمِ من زيادَتِه ، (فإنْ لَزِمَه قِصاصٌ) ولو في رَقَبَتِه (صَحَّ بيعُه) لأنَّه تُرجَى سَلامَتُه بالعفوِ (٦) ، وتوقُّعُ هَلاكِه كتوقُّعِ مَوتِ المريضِ ،

---

(١) (قوله : وإلا لَم ينفسِخ العقدُ) قال شيخُنا عُلِمَ أنَّ المُرادَ بعَدَمِ صِحَّةِ الانفساخ .

(٢) (قوله : لِلعَجزِ عن تسليمِه شرعًا) لِتفويته حَقَّ المُرتهنِ وعُلِمَ منه صِحَّةُ بَيْعِه من مُرتهنِه ، ونَقَلَ الإمامُ الاتِّفاقَ عليه ، لكن في البسيطِ وجهٌ أنَّه لا يصِحُّ لأنَّ إذنَه وقَعَ بعدَ الإيجاب ، وقَضيَّةُ هذا التعليلِ أنَّ المُرتهنَ لو قال لِلرَّاهنِ بعني المرهونَ فباعَه صحَّ قَطعًا ، ويلحَقُ بالمرهونِ كُلُّ عَيْنٍ استحَقَّ حَبسَها .

(٣) (قوله : وكذا جانٍ تعَلَّقَ برَقَبته إلخ) لو اشتراه المجنيُّ عليه بالأرشِ صحَّ كما قاله الغزاليُّ ، ولو جَنَى العبدُ جِنايةً توجِبُ القِصاصَ فأعتقَه سَيِّدُه وهو مُعسِرٌ ثم عَفا المُستحِقُّ على مالٍ نَقولُ يتبَيَّنُ بُطْلانُ العِتقِ على أرجَحِ الوجهَيْنِ كما في المسألَةِ المذكورَةِ في الرَّهْنِ أو لِقولٍ ينفُذُ هنا لِقوَّةِ العِتقِ ويلزَمُ السَّيِّدَ الفِداءُ ويُنْتَظَرُ يسارُه قال البُلقِينيُّ الأقيسُ الثاني . ا هـ . وقد ذكرَه الشارحُ بعدُ . (فرعٌ) لو باعَ عبدًا وطَرَأت الجِنايةُ في مُدَّةِ الخيارِ فينبَغي أن يُقال : إنَّ قُلنا المِلكُ في زَمَنِ الخيارِ لِلبائعِ انفسَخَ أو موقوفٌ وقفًا ر ، ولو رَهَنَ عبدًا قد تعَدَّى بحَفرٍ وأقبَضَه ثم تردَّى فيه آدَميٌّ أو بَهيمَةٌ ففي تبَيُّنِ فسادِ رَهْنِه وجهانِ أصحُّهما عَدَمُه .

(٤) (قوله : لا يصِحُّ بَيْعُه بغيرِ إذْنِ المجنِيِّ عليه) فإنْ باعَه منه أو بإذْنِه صحَّ .

(٥) (قوله : لأنَّ الجِنايةَ تُقَدَّمُ على الرَّهْنِ) قَضيَّةُ هذا التعليلِ أنَّ العبدَ لو قُتِلَ في المُحارَبةِ وقَدرَ عليه قبلَ التوبةِ لا يصِحُّ بَيْعُه ، وهو ما ذكرَه الشيخُ أبو حامِدٍ وأتباعُه وحَكاه الرُّويانيُّ في البحرِ عن النصِّ ، وغَلَطَ مَنْ قال غيرَه ، لكنْ في الشرحِ والرَّوضَةِ في باب خيارِ النقصِ فيه ثَلاثُ طُرُقٍ أصحُّها أنَّه كالمُرتدِّ ، ولو أعتقَه سَيِّدُه وهو مُعسِرٌ ثم عَفا المُستحِقُّ على مال لَزِمَ سَيِّدَه فِداؤُه ويُنْتَظَرُ يسارُه .

(٦) (قوله : لأنَّه يُرجَى سَلامَتُه بالعفوِ إلخ) قال الزَّرْكَشيُّ : لو عَفا المُستحِقُّ على مال فهل يتبَيَّنُ بُطْلانُ البيعِ لَم يتعرَّضوا له ، نَعَم ذكرَ الرَّافِعيُّ في الرَّهْنِ أنَّه إذا رَهَنَ العبدَ المذكورَ ......=

(وكذا يصِحُّ بيعُ مَن تعَلَّقَ برَقَبتِه مالٌ بعدَ اختيارِ السَّيِّدِ الفِداءَ) (١) ولا يشكُلُ بصِحَّتِه الرُّجوعُ عن الاختيارِ لأنَّ مانِعَ الصِّحَّةِ زالَ بانتِقالِ الحقِّ لِذِمَّةِ السَّيِّدِ وإنْ لم يلزَمْها ما دامَ العبدُ في مِلْكِه **(وإذا صَحَّ البيعُ)** بعدَ اختيارِه الفِداءِ **(لزِمَه)** المالُ الذي يفديه به فيُجبَرُ على أدائِه كما لو أعتقَه أو قَتله **(فإنْ أدَّاه فذاك)** واضِحٌ **(وإنْ تعَذَّرَ)** ولو بإفلاسِه أو غيبَتِه أو صَبْرِه على الحبْسِ أو مَوْتِه **(فُسِخَ البيعُ في الجِنايةِ)** لأنَّ حَقَّ المجنيِّ عليه سَبَقَ حَقَّ المشتري نَعَم إنْ أسقَطَ الفسخُ حَقَّه كأنْ كان وارِثَ البائِعِ فلا فسخَ إذ به يرجِعُ العبدُ إلى مِلْكِه فيسقُطُ الأرشُ قاله الزَّركشيُّ .

أمَّا إذا لم يتعَلَّق المالُ برَقَبَتِه بل بكسبه كأنْ زَوَّجَه سَيِّدُه أو بذِمَّتِه كأن اشترَى شَيْئًا فيها بغيرِ إذنِ سَيِّدِه أو أتلَفه أو اقترَضَ قَرضًا فاسِدًا وأتلَفه وأقَرَّ بجِنايةِ خَطَأً أو شِبْهَ عَمدٍ ولم يُصَدِّقه السَّيِّدُ ولا بَيِّنَةَ قال البُلْقينيُّ : أو لم يتعَلَّق بشيءٍ من ذلك أمَرَ السَّيِّدُ عبدَه بإتلافِ شيءٍ وكان أعجَميًّا يعتقِدُ وُجوبَ طاعَةِ الآمِرِ أو غيرَ مُمَيِّزٍ فيصِحُّ بيعُه لأنَّ البيعَ إنَّما يرِدُ على الرَّقَبةِ ولا تعَلُّقَ لِرَبِّ الدَّينِ بها **(وينفُذُ عِتقُ الجاني)** (٢) الذي تعَلَّقَ برَقَبَتِه مالٌ **(من)** مالِكِه **(الموسِرِ)** لانتِقالِ الحقِّ إلى ذِمَّتِه مع وُجودِ ما يُؤَدِّي منه **(لا)** من **(المعسِرِ)** لِما فيه من إبطالِ الحقِّ بالكُلِّيَّةِ إذ لا مُتعَلَّقَ له سِوى الرَّقَبَةِ **(وكذا استيلادُ الجانيةِ)** التي تعَلَّقَ برَقَبتِها مالٌ ينفُذُ من الموسِرِ لا من المعسِرِ ، أمَّا إذا لم يتعَلَّق المالُ بالرَّقَبَةِ فيصِحُّ العِتقُ والاستيلادُ مُطْلَقًا كالبيعِ حتَّى لو أوجَبَتْ جِنايةُ العبدِ قِصاصًا فأعتقَه سَيِّدُه وهو مُعسِرٌ ثُمَّ عَفا على مالٍ ، قال البُلْقينيُّ : لم ينطُلِ العِتقُ على الأقيسِ ، وإنْ بَطَلَ البيعُ في نَظيرِه لِقوَّةِ العِتقِ ويلزَمُ السَّيِّدَ الفِداءُ وينتَظِرُ يسارَه **(ولا يتعَلَّقُ الأرشُ)** الذي أوجَبَته جِنايةُ الجاني **(بالولَدِ)** أيْ بولَدِه إذ لا جِنايةَ منه **(ولِلسَّيِّدِ فِداءُ الجاني)** حَيثُ فداه **(بالأقَلِّ من الأرشِ والقيمَةِ)** كما يأتي بَيانُه في الجِناياتِ .

(الشرطُ الخامِسُ) لِلمَعقودِ عليه ثَمَنًا أو مُثَمَّنًا : **(العِلْمُ)** (٣) أيْ عِلْمُ

= ثم حَصَلَ العفوُ وجهانِ ، واقتضَى كلامُه ترجيحَ البُطْلانِ فليذكُر هنا مِثله .

(١) (قوله : بعدَ اختيارِ السَّيِّدِ الفِداءَ) وإنْ قال السُّبكيُّ وغيرُه : إن الحقَّ البُطْلانُ .

(٢) (قوله : وينفُذُ عِتقُ الجاني إلخ) في مَعنَى العِتقِ الوقفُ ، وبَيعُه مِمَّنْ يُعتقُ عليه ر .

(٣) (قوله : الشرطُ الخامِسُ العِلمُ إلخ) ليس المُرادُ بالعِلمِ حَقيقَته ، فإنَّ الظَّنَّ كافٍ قَطعًا ولا الظَّنَّ المُطابِقَ ؛ لأنَّه لو اشترَى زُجاجةً رَآها وهو يظُنُّها جَوهَرَةً بثَمَنٍ كَثيرٍ صحَّ ولا خيارَ له قِيلَ : الأحسَنُ التعبيرُ بالمعرفةِ فإنَّها تتعَلَّقُ بالذَّواتِ وهو المقصودُ هنا بخلافِ العِلمِ فإنَّه يتعَلَّقُ ....=

العاقِدَيْنِ (١) به لا من كُلِّ وجهٍ بل (بالعيْنِ) في المعَيَّنِ (والقدرِ والصِّفةِ) فيما في الذِّمَّةِ ؛ لِلنَّهْيِ عن / بيعِ الغرَرِ كما مَرَّ (فبيعُ عبدٍ من عَبيدِه (٢) أو عبدِه المختلِطِ بعَبيدِ غيرِه و) قد (جَهِلاه أو أحدُهما أو العبيدُ إلا واحِدًا باطِلٌ) كما في النِّكاحِ سواءٌ تساوتِ القيمُ أم لا ، وسواءٌ قال ولَك الخيارُ في التعيِينِ أم لا ، (وبيعُ جُزْءٍ كالرُّبُعِ مُشاعًا) من أرضٍ أو عبدٍ أو صُبْرَةٍ أو ثَمَرَةٍ أو غيرِها (أو بيعُه) شَيْئًا منها (إلا رُبُعًا مُشاعًا صَحيحٌ ولو) بيعَ الجُزْءُ (بِمِثلِه كبيعِ نِصْفِه من دارٍ (٣) بينهما نِصْفيْنِ) وفي نُسخَةٍ نِصْفانِ (بِنِصْفِ صاحِبه أو) بيع (نِصْفِه بثُلُثَيْ نِصْفِ صاحِبه فيصيرُ) المجمُوعُ بينهما في الثانيةِ (أثلاثًا ، وفائِدَتُه) أيْ تصْحيحِ البيعِ في ذلك (سُقوطُ الرُّجوعِ) به (في هبَةِ الولَدِ و) في (الصَّداقِ) إذا طَلُقَتِ الزَّوْجَةُ قبلَ الدُّخولِ وفي مَنْعِ الرَّدِّ بالعيب أو الإفلاسِ ، وله فوائِدُ أُخَرُ (٤) أشارَ إليها الأصلُ ، ١٤/٢

= بالنسَب وهذا قَرِيبٌ فإنَّ الفُقَهاءَ يستعمِلونَها استعمالَ المُترادِفيْنِ .

(١) (قوله : أي عِلمَ المُتعاقِدَيْنِ إلخ) حتى لو عَلِماه دونَ غيرِهما صحَّ قَطْعًا نَعَم في السَّلَمِ لا يكْفي عِلمُهما بالصِّفات بل لا بُدَّ أن يعرِفَها غيرُهما على الصَّحيح ، وفُرِّقَ بينهما بأنَّ التسليمَ في البيعِ يقطَعُ الخُصومَةَ ، وفي السَّلَمِ غيرُ مَأمونَةٍ عندَ التسليمِ فاشْتُرِطَ مَعرِفةُ غيرِهما ليُرجَعَ إليه عندَ تنازُعِهما .

(٢) (قوله : فبَيْعُ عبدٍ من عَبيدِه إلخ) لِلغَرَرِ ، ولأنَّ العقدَ لَم يجِد مورِدًا يتأثَّرُ به في الحالِ .

(٣) (قوله : كَبَيْعِ نِصْفِه من دارٍ إلخ) الأولى تأخيرُ قولِه أو بنِصْفِ صاحِبه عن قولِه ثَلاثًا .

(٤) (قوله : وله فوائِدُ أُخَرُ) أشارَ إليها الأصلُ منها أن يكونَ عليه يمينٌ أنَّه لا يبقَى هذا النِّصْفُ على مِلكِه أو لا بُدَّ من بَيْعِه ، ومنها لو كان لهما شَريكٌ أخَذَ فيهما بالشُّفعَةِ . ومنها انعِزالُ الوكيلِ ببَيْعِه ومنها لو كان المُشترَكُ عبدًا قد جَنَى على أحدِهما جِنايةً تُعَلَّقُ الجِنايةُ برَقَبَته فلو باعَه سَقَطَت الجِنايةُ ، ومنها لو كان مَرهونًا فأذنَ لهما في بَيْعِه فباعَ كُلٌّ نَصيبَه من صاحِبه انفكَّ الرَّهنُ ، ومنها لو كان اشتراه فوجَدَ البائِعُ بالثمَنِ عَيْبًا لَم يتمَكَّن من الرُّجوعِ فيه ، ومنها سُقوطُ الزَّكاةِ فيه إنْ كان زَكويًّا ومنها الرُّجوعُ عن الوصيَّةِ ، ومنها لو كاتباه كِتابةً فاسِدَةً فباعَ كُلُّ واحدٍ نِصْفه من صاحِبه انفسَخَت الكِتابةُ ، ومنها لو كان قد حَلَف على عِتقِه انحَلَّت اليمينُ على أحدِ القولَيْنِ ، ومنها لو كانا قد باعاه ثم باعَ كُلُّ واحدٍ نِصْفه لِلآخَرِ في زَمَنِ الخيارِ كان فسخًا ، ومنها لو كان ولَدَ جانٍ جازَ أن يبيعَ كُلُّ واحدٍ منهما نِصْفه من صاحِبه دونَ الولَدِ ، ومنها لو كان قد دَبَّرَه بَطَلَ التدبيرُ ، ومنها لو كانا قد اقترَضا العيْنَ - وقُلنا لا يُملَكُ القرضُ إلا بالتصَرُّفِ - فباعَ كُلُّ واحدٍ نَصيبَه من صاحِبه مَلَكا العيْنَ ، ومنها سُقوطُ الشُّفعَةِ ، وذلك إذا باعَ نَصيبَه بنَصيبِ صاحِبه ثم عَلِمَ بعدَ ذلك أنَّه كان يستحِقُّ الشُّفعَةَ فإنَّ الشُّفعَةَ هَهنا تسقُطُ ، ومنها لو تلِف قبلَ القبضِ انفسَخَ البيعُ .

وذكرَها الزَّركشيُّ في خادِمِه ، وتعبيرُ المصنفِ بثُلُثَيْ نِصْفِ صاحِبِه أوضَحُ من تعبيرِ الرَّوْضَةِ بالثُّلُثِ من نِصْفِ صاحِبِه ، **(وإنْ قال بعتُكَ الثَّمَرَةَ بثلاثةِ آلافٍ)** مَثَلا **(إلا ما يخُصُّ ألفانِ أرادَ)** بما يخُصُّه **(نِسْبَتَه من الثَّمَنِ)** إذا وُزِّعَتِ الثَّمَرَةُ عليه صَحَّ وكان استِثْناءً لِلثُّلُثِ **(أو)** أرادَ به نِسْبَتَه من **(القيمَةِ)** أيْ ما يُساوِي ألفًا عِنْدَ التقوِيمِ **(فلا)** [١] لأنَّه مَجْهولٌ أو أطْلَقَ فينبَغي كما قال الزَّركشيُّ [٢] البُطْلانُ ، وأورَدَ على حَصْرِ الشُّروطِ في الخمسَةِ أنَّها مَوْجودَةٌ في حَريمِ المِلْكِ مع أنَّه لا يصِحُّ بيعُه وحدَه ، وأُجيبَ بأنَّه إنْ أمكَنَ إحداثُ حَريمٍ للمِلْكِ فالوجه الصِّحَّةُ وإلا فالمنعُ راجِعٌ إلى عَدَمِ قُدْرَةِ تسليمِه كبيعِ بعضٍ مُعَيَّنٍ من ثَوْبٍ ينقُصُ بالقَطْعِ .

(فرعٌ : وإنْ باعَه ذِراعًا مَثَلا من أرضٍ أو ثَوْبٍ) أو نحوِهما **(وذرعُه مَعلُومٌ لهما كثَمانيةٍ مَثَلا مَلَكَ)** المشتري **(الثَّمَنَ)** أيْ ثُمُنَها **(ونَزَلَ على الإشاعَةِ)** لإمكانِها حتّى لو تلِف بعضُها تلِفَ بقدرِه من المبيعِ ولا حاجَةَ مع الكافِ لِقولِه مَثَلا **(وإنْ أرادَ مُعَيَّنًا لم يصِحَّ)** البيعُ كبيعِ شاةٍ من قَطيعٍ ، **(فلو اختلَفا فيما أرادا)** فقال البائِعُ أرَدْتُ مُعَيَّنًا فقال المشتري بل مُشاعًا أو عَكسَه **(صُدِّقَ المعَيِّنُ)** لأنَّه أعلمُ بنيَّتِه ، وعَلَّله الإمامُ بأنَّ مُطْلَقَ لفظِ الذِّراعِ لا يُفْهَمُ منه معنى الإشاعَةِ إلا بتأويلٍ ، لكن سَيأتي في القِراضِ أنَّ قوله قارَضْتُك على أنَّ نِصْفَ الرِّبْحِ لَك صَحيحٌ ، وعلى أنَّ نِصْفَه لي باطِلٌ ، فلو قال : خُذْه قِراضًا بالنِّصْفِ فالأشبَه في المطْلَبِ صِحَّتُه تنزيلا على شرطِ النِّصْفِ للعامِلِ ، وكلامُ سُلَيْمٍ يُشيرُ فيه إلى وجهَيْنِ ، ثُم قال سُلَيْمٌ : وإذا قُلْنا بالصِّحَّةِ فقال المالِكُ أرَدْت أنَّ النِّصْفَ لي وادَّعَى العامِلُ العكسَ صُدِّقَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، وهذِه تُشبِه مَسألَتنا ، وحُكمُها مُخالِفٌ لِحُكمِها نَبَّهَ على ذلك في المهِمَّاتِ، ويُجابُ عنه بما عَلَّلَ به الإمامُ **(أو)** ذَرعُه **(غيرُ مَعلُومٍ)** لهما أو لأحدِهما **(لم يصِحَّ)** البيعُ لأنَّ أجزاءَ الأرضِ والثَّوْبِ ونحوِهما تتفاوتُ غالِبًا مَنفعَةً وقيمَةً ،

---

(١) (قوله : إنْ أرادَ نِسبَتَه من الثمَنِ صَحَّ أو القيمَةِ فلا) لو قال البائِعُ : أرَدنا الحالَةَ الأُولى حتى يصِحَّ ، وقال المُشتري : أرَدنا الثانيةَ فينبَغي أنْ يكونَ على الاحتمالَيْنِ الآتِيَيْنِ ر ، وقولُه : أرَدنا الحالَةَ الأُولى حتى يصِحَّ أشارَ إلى تصحيحِه ، ولو قال بعتُك بالدَّراهِمِ فهل يُحْمَلُ على الثلاثِ حتى يصِحَّ وجهانِ في باب الإقرارِ من تعليقِ القاضي الحُسَيْنِ ، قال الزَّرْكَشيُّ : ويُشبه أن يكونا فيما إذا عَلِما أنَّ أقلَّ الجمعِ ثلاثٌ لأنَّ لهما مَرَدًّا يرجِعانِ إليه وإلا فلا يصِحُّ قَطْعًا .

(٢) (قوله : فينبَغي كما قال الزَّرْكَشيُّ البُطْلانُ) ينبَغي الصِّحَّةُ حَمْلا على المعنَى الأوَّلِ ؛ لأنَّه المُتبادرُ ثم رَأيت بعضَهم قال : الأوجَه حَمْلُه على الأوَّلِ لأنَّه الظَّاهِرُ .

والإشاعةُ مُتعَذِّرَةٌ (فلو عَيَّنَ ابتِداءً من طَرَفٍ بأن قال بعتُك ذِراعًا) مَثلًا (من هنا في جَميعِ العرضِ إلى حَيثُ ينتهي) الذِّراعُ (في الطُّولِ) أو عَكسَه (صَحَّ) بخِلافِ ما إذا عَيَّنَ ابتِداءً من الطَّرَفِ لا يصِحُّ ، وسَكت كأصْلِه عن دُخولِ الحدِّ في البيعِ ، وقد جَزَمَ القاضي بأنَّه لو عَيَّنَ خَطَّينِ وقال بعتُك من هذا الخطِّ إلى هذا الخطِّ لم يدخُلِ الخطَّانِ في البيعِ [1] ، وقال المتولِّي : لا تدخُلُ الحُدودُ في العقدِ إلا بالتنصيصِ عليها .

(فرعٌ : وبيعُ صاعٍ من صُبرَةٍ) ولو مَجهولَةَ الصِّيعانِ [2] (صَحيحٌ) لِعِلمِ العاقِدَينِ بقدرِ/المبيعِ مع تساوِي الأجزاءِ [3] فلا غَرَرَ ، بخِلافِ ما لو فرَّقَ الصِّيعانَ وباعَ صاعًا منها قال القاضي : لأنَّها رُبَّما تفاوتت في الكيلِ فيختلِفُ الغرَضُ وقال غيرُه : لأنَّ التفريقَ يحصُلُ به التبايُنُ فيصيرُ كُلُّ صاعٍ أصلا بنفسِه ، وعِندَ الاجتِماعِ تصيرُ الصُّبرَةُ جُملَةً واحِدَةً وقد تماثَلَت أجزاؤُها فيبعُدُ الاختِلافُ فيما يُؤاخَذُ منها ، وهذا أولى لاقتِضاءِ الأولِ أنَّه لو فرَّقَها وزنًا جازَ البيعُ وليس بظاهرٍ (فإنْ عُلِمَتْ صيعانُها نَزَلَ على الإشاعَةِ والشركَةِ) لإمكانِهما كما مَرَّ وقولُه والشركَةُ من زيادَتِه ولا حاجَةَ إليه (وإنْ جُهِلَتْ صَحَّ) لِما مَرَّ [4] بخِلافِ ما لو باعَها إلا صاعًا للجَهلِ بالمبيعِ «ولِلنَّهيِ عن بيعِ الثُّنيا» رواه مُسلِمٌ [5] زادَ التِرمِذيُّ «إلا أنْ تُعلَمَ» ١٥/٢

---

(١) (قوله : لَم يدخُلِ الخطَّانِ في البيعِ) قد ذكرَه كأصلِه في الإقرارِ .

(٢) (قوله : ولو مَجهولَةَ الصِّيعانِ) أو من جِنسَينِ مُختلِطَينِ كحِنطَةٍ وشَعيرٍ والفرقُ بين صِحَّةِ بَيْعِ صاعٍ من صُبرَةٍ مَجهولَةِ الصِّيعانِ ، وبُطْلانُه في بَيْعِها إلا صاعانِ أنَّا في بَيْعِ صاعٍ من صُبرَةٍ نَقولُ لو لَم يكُن في الصُّبرَةِ غيرُ صاعٍ نَزَلَ العقدُ عليه ولو تلِفتْ إلا صاعًا أخَذَه المُشتري ، وهذا يُقَلِّلُ الغرَرَ الذي يتطَرَّقُ من جِهَةِ البُطْلانِ وفي بَيْعِ الصُّبرَةِ إلا صاعًا منها لو لَم يكُن فيها غيرُ صاعٍ كانَ البيعُ باطِلا ولو تلِفتْ إلا صاعًا بَطَلَ العقدُ .

(٣) (قوله : مع تساوِي الأجزاءِ) لو باعَه صاعًا من باطِنِها لَم يصِحَّ كبَيْعِ الغائِبِ كما قاله الإمامُ وشَبَّهَه بالأُنموذَجِ إذا لَم يدخُل في البيعِ ولو باعَ صاعًا من المَجهولَةِ ونِصفَ باقِيها لَم يصِحَّ ولو باعَ نِصفَها وصاعًا من النِّصفِ الآخَرِ صَحَّ خلافًا لِلقاضي حُسَيْنٍ .

(٤) (قوله : وإنْ جُهِلَتْ صحَّ لِما مَرَّ) أطْلَقَ الصِّحَّةَ مع الجهْلِ بجُملَتِها قال الزَّرْكَشيُّ ولا بُدَّ من العِلمِ بأنَّها تفي بالقدرِ المبيعِ ، لأنَّه قال من هذه الصُّبرَةِ ومن لِلتَّبعيضِ فلا بُدَّ أنْ يكونَ المبيعُ بعضَها ، وإنَّما المُغتفرُ الجهالَةُ في الزَّائِدِ ،وهذا مُرادُ الرَّافِعِيِّ والنوويِّ وإنْ لَم يُصَرِّحا به وقد صَرَّحَ به ، الماورديُّ في باب الشُّروطِ التي تُفسِدُ البيعَ وصاحِبُ الاستقصاءِ والذَّخائِرِ .

(٥) مسلم ، كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة ، ....=

وصحّحه (١) (وله أنْ يُعطيه) صاعًا (من أسفلِها) ووسَطِها وإنْ لم يكونا مَرئيَّيْنِ ، إذِ المبيعُ صاعٌ منها أيُّ صاعٍ كان ، لِتعذُّرِ الإشاعَةِ ، ورُؤيةُ ظاهرِها كرُؤيةِ كُلِّها كما سَيأتي (فلو لم يبقَ) منها (غيرُه تعَيَّنَ) للبيعِ بل سَيأتي في آخِرِ إحياءِ المواتِ أنَّه لو انصَبَّ عليها صُبْرَةٌ أُخرى ثم تلِفَ الكُلُّ إلا صاعًا تعَيَّنَ للبيعِ ، وهذا الفرعُ مُستثنًى من اشتِراطِ العِلْمِ بالعينِ في المعَيَّنِ (٢) ولا حاجَةَ لِقولِه صَحَّ للعِلْمِ به من أولِ الفرعِ فلو حَذَفه وعَبَّرَ فيما بعدَه بالفاءِ كان أولى وأخصَرَ .

(فرعٌ : وإنْ باعَه دارًا) وفي نُسخَةٍ دارَةً أيْ قِطعَةَ أرضٍ (محفوفةً بمِلْكِه) من كُلِّ جانِبٍ (صَحَّ وله) أيْ للمُشتري (الممَرُّ حَيْثُ شاءَ) أيْ من كُلِّ جانِبٍ (ولو لم يقُلْ) بعتُكها (بحُقوقِها) لِتوقُّفِ النَّفعِ عليه فهو كبيعِها بحُقوقِها (فإنْ شرَطَ) له (الممَرَّ من جانِبٍ ولم يُعَيِّنْه بطَلَ العقْدُ) أيْ لم يصِحَّ لِتفاوُتِ الأغراضِ باختِلافِ الجوانِبِ، فجَعل إبهامَه كإبهامِ البيعِ بخِلافِ ما إذا عَيَّنَه أو أثبَته له من كُلِّ الجوانِبِ (وكذا لو نَفاه) أيِ الممَرَّ لا يصِحُّ العقْدُ لِتعَذُّرِ الانتِفاعِ بالمبيعِ حالاً سواءٌ أمكنَ المشتري تحصيلَ ممَرٍّ أم لا ، شرَطَ البَغَويّ عَدَمَ إمكانِه ، ذلك (وإن اشترَى ما) أيْ شَيئًا من الأرضِ (يلي مِلْكه أو الشارِعَ لم يكنْ له المرورُ في مِلْكِ البائِعِ) بل يمُرُّ في مِلْكِ نفسِه أو الشارِعِ تنزيلا على العادَةِ (إلا إنْ قال بحُقوقِها) فيمُرُّ في مِلْكِ البائِعِ وهذا في الثانيةِ من زيادَتِه (وإن استثنَى بائِعُ الدّارِ لِنفسِه بيتًا) منها (فله الممَرُّ) منها إليه إنْ لم يتَّصِلْ البيتُ بشارِعٍ (٣) إنْ مَلَكَ له وإلا فلا يستحِقُّه ، ذَكَره

= حديث (١٥٣٦) بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة وعن الثُّنْيَا ورَخَّصَ في العرايا» .

(١) الترمذي (٥٨٥/٣) كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن الثنيا ، حديث (١٢٩٠) .

(٢) (قوله : وهذا الفرعُ مُستثنًى من اشتراطِ العِلمِ بالعينِ في المُعَيَّنِ) الثانيةِ لو اختلَطَ حَمامُ بُرجٍ بآخَرَ فلأحدِهما البيعُ من صاحِبِ الآخَرِ في الأصَحِّ مع الجهْلِ الثالِثةُ لو باعَ المالَ الزّكويَّ بعدَ الوُجوبِ ، فإنَّ الأصحَّ البُطْلانُ في قدرِ الزَّكاةِ والصِّحَّةُ في غيرِه وهو مجهولُ العينِ ، الرَّابعَةُ إذا أعارَ أرضًا لِلبناءِ والغرسِ ثم رَجَعَ واتَّفقا على بَيْعِ الأرضِ والبناءِ ، فالمذهَبُ القطعُ بالصِّحَّةِ لِلمُعالجَةِ الخامِسَةُ بَيْعُ الفُقَّاعِ في كوزِه والشُّربِ من السِّقاءِ وشُربِ الدَّابَّةِ من الحوضِ السَّادِسَةُ أرضٌ بين اثنَيْنِ لا يعلَمُ أحدُهما مِقدارَ حِصَّته منها فباعا جَميعًا من رَجُلٍ ثم عَرَفَ نَصيبَه قال الرُّويانيُّ : يصِحُّ إذا جَوَّزنا تفريقَ الصَّفقَةِ لأنَّ ما تناوله البيعُ لَفظًا مَعلومٌ قال : وفي كلامِ الأصحاب .

(٣) (قوله : إذا لَم يتَّصِل البيتُ بشارِعٍ إلخ) لو اتَّصَلَتْ بَمسجِدٍ أو أرضٍ موقوفةٍ على ....=

القاضي ، (فلو نَفاه) أي المَمرَّ (ولم يكنْ له تحصيلُ ممَرّ لم يصِحَّ البيعُ) كما لو باعَ ذِراعًا من ثَوْبٍ ينقُصُ بالقَطعِ وإنْ أمكنَ تحصيلُه صَحَّ البيعُ .

(فصْلٌ : وما كان من الثمَنِ والمثمَّنِ في الذِّمَّـةِ) وهي لُغَةً : العهدُ والأمانُ واصطِلاحًا : الذّاتُ والنَّفسُ إطلاقًا لاسمِ الحالِّ على المحَلِّ ، وقال ابنُ عبدِ السَّلام هـي مَعنًى مُقَدَّرٌ في المحَلِّ يصْلُحُ للإلزامِ والالتِزامِ ، قال : وعليـه الميِّتُ لـه ذِمَّـةٌ باقيـةٌ لأنَّه مُلزَمٌ بالدّينِ ومُلتزِمٌ له انتهى . وهذا يُنافي قولهم : ذِمَّـةُ الميِّتِ خَرِبَتْ وقد يُجابُ بأنَّها خَرِبَتْ في المستقبَلِ خاصَّةً (اشترَطَ مَعرِفةَ قدرِه) للعاقِدَيْنِ (فبيعُ مِلْءِ هذا البيتِ حِنطَةً [١] والشِّراءُ بوزنِ هذا الحجَرِ ذَهَبًا) ولم يعلما المِقْدارَ فيهما (أو بألفٍ ذَهَبًا وفِضَّةً باطِلٌ) للجَهْلِ بقدرِ العِوضِ فإنْ عَيَّنَ الحِنطَةَ كأنْ قال : بعتُك مِلْءَ هذا البيتِ من هذِه الحِنطَةِ صَحَّ ، كما صرَّحَ به في السَّلم تبعًا للأصلِ ثَم ، وللمَجْموعِ هنا وصَوَّرَه بالكُوزِ فقالُوا لو قال بعتُك مِلْءَ هذا الكُوزِ [٢] من هذِه الحِنطَةِ صَحَّ على الأصَحِّ لإمكانِ الأخذِ قبلَ تلَفِه فلا غَرَرَ واستشكله البازِريُّ وغيرُه للجَهْلِ بقدرِ العِوضِ ، ولا بُدَّ من مَعرفتِهما الجِنْسِ والصِّفةِ أيضًا كما عَلِمَ مِمَّا مَرَّ فلو باعَ بألفٍ أو بنَقْدٍ مُطلَقًا وثَمَّ نُقودٌ ولا غالِبَ فيها لم يصِحَّ كما سَيأتي إيضاحُه . (وكذا لو باعَ بما) أيْ بمِثلِ ما (باعَ به فُلانٌ ثَوْبَه) مَثَلا (وجَهله أحدُهما [٣] أو بمِائَةِ دينـارٍ إلا عَشرَةَ دراهمَ) لا يصِحُّ لِما مَرَّ (إلا أنْ عَرَفا) في الثّانيةِ (قيمَةَ الدِّينارِ دراهمَ وقَصَدَ الاستِثْناءَ منها) أيْ من القيمَةِ فيصِحُّ [٤] .

١٦/٢ /(ويجِبُ تعيِينُ نَوعِ الدّراهمِ والدّنانيرِ) المبيعِ بها (لفظًا إن اختلَفتِ النُّقودُ) لاختِلافِ الغرَضِ باختِلافِها فلا يكفي التعيِينُ بالنِّيَّةِ ، بخِلافِ نَظيرِه في

= الدَّفنِ فهل هو كالشارِعِ فيه نَظَرٌ ، قال في المُهمّات : المُتَّجه في المسجِدِ عَدَمُ الإلحاقِ دونَ المقبَرَةِ . ا هـ . والمُتَّجه عندي عَدَمُ الإلحاقِ فيهما .

(١) (قوله : فبَيْعُ مِلءِ هذا البيت إلخ) .

(٢) (قوله : مِلءِ هذا الكوزِ) أو بمِلءِ هذا الكوزِ .

(٣) (قوله : وجَهله أحدُهما) أمّا لو عَلِماه عندَ العقدِ فإنَّه يصِحُّ وإنْ لَم يقصِد المِثْليَّةَ قال الأذْرَعيُّ وقـد يخطِرُ بالبالِ أنَّه لو كان ما باعَ به فلانٌ ثوبَه قد صارَ لِلمُشتري بإرثٍ أو غيرِه وهو باقٍ أنَّ الإطْلاقَ ينزِلُ عليه لا على مِثْلِه إذا قَصَدَه البائعُ .

(٤) (قوله : أي من القِيمَةِ فيصِحُّ) شَمِلَت الصِّحَّة في الأُولى ما إذا لَم يقصِد المِثْليَّةَ .

الخُلْعِ، لأنَّه يُغتفرُ فيه ما لا يُغتفرُ هنا [١] وبخِلافِ ما لو قال مَنْ له بَناتٌ زَوَّجْتُك بنْتي ونَويا واحِدَةً، وقد يُفرَّقُ بأنَّ ذِكرَ العِوضَيْنِ هنا واجِبٌ فوجَبَ الاحتياطُ باللفظِ بخِلافِه ثَم فاكتفى بالنِّيَّةِ فيما لا يجِبُ ذِكرُه فإن اتَّفقَتِ النُّقودُ بأنْ لم تتفاوتْ قيمَةً وغَلَبَةً صَحَّ البيعُ من غيرِ تعيينٍ ويُسَلِّمُ أيَّها شاءَ ، **(وإنْ غَلَبَ واحِدٌ)** منها **(انصَرَفَ إليْه)** [٢] العقدُ المطلَقُ لأنَّه المتبادِرُ [٣] **(وإنْ كان فُلُوسًا)** وسَمَّاها [٤] وما اقتضاه كلامُه كأصْلِه من أنَّها من النُّقودِ وجهٌ ، والصَّحيحُ أنَّها من العُروضِ وسَيذْكُرُها .

(وكذا) ينصَرِفُ إلى الغالِبِ إنْ كان **(مُكسَّرًا أو لم تتفاوتْ قيمَةً أو)** كان **(النِّصْفُ)** مَثَلا **(صِحاحًا والنِّصْفُ)** الآخَرُ **(مُكسَّرَةً)** وإنْ كان يعهَدُ التعامُلَ بهذِه مَرَّةً وبتِلْك أُخرَى ولا تفاوُت بينهما صَحَّ البيعُ وسَلَّمَ أيَّهما شاءَ ، **(ولو كان النَّقْدُ مَغْشوشًا جازَتِ المعامَلَةُ به ولو جَهِلَ قدرَ الفِضَّةِ)** نَظَرًا للعُرفِ **(فإنْ قَلَّتْ)** أيْ بانَ بعدَ البيعِ قِلَّةُ فِضَّةِ المغشوشِ **(جِدًّا فله الرَّدُّ)** إن اجْتمع منها ماليَّةٌ لو مُيِّزَتْ وإلا فيبْطُلُ البيعُ كما لو ظَهَرَتْ من غيرِ الجِنْسِ ، وقولُه من زيادَتِه **(بالعيْبِ)** إيضاحٌ **(ولو غَلَبَ التعامُلُ بعَرَضٍ وباعَ به كصاعِ حِنطَةٍ انصَرَفَ)** العقدُ **(إلى الغالِبِ أيضًا)** كالنَّقْدِ **(وقيمَةُ المتْلَفِ كثَمَنِ المبيعِ)** فيما ذُكِرَ فتنزِلُ على ما ينزِلُ عليه الثمَنُ

---

(١) (قوله : لأنَّه يُغتفرُ فيه ما لا يُغتفرُ هنا) إذ البيعُ مُعاوضَةٌ مَحْضَةٌ يفسُدُ بفسادِ عِوضِه بخلافِ الخُلعِ والنِّكاحِ .

(٢) (قوله : وإنْ غَلَبَ واحدٌ منها انصَرَف إليه إلخ) مَحَلُّه إذا عَيَّنَ الجِنْسَ وأطْلَقَ النوعَ فلو قال بعتُك بألفِ مِثْقالٍ من النقدِ ، وغَلَبَ استعمالُه في الذَّهَب لَم يكْفِ حتى يُصَرِّحَ بأنَّه من الذَّهَب أو الفِضَّةِ صَرَّحَ به في المطلَب فلو عَبَّرَ المُصَنِّفُ بالذَّهَب والفِضَّةِ كالمُحَرَّرِ لَكان أحسَنَ ، ولو اتَّفقا في السِّرِّ على أنْ يتبايعا بألفٍ ثم عَقَدا في العلانيةِ بألفيْنِ كان الثمَنُ ألفيْنِ كالصَّداقِ ، قاله البنْدَنيجيُّ في المُعتمَدِ .

(٣) (قوله : لأنَّه المُتبادِرُ) شَمِلَ ما إذا كان الثمَنُ مُؤَجَّلا . (فرعٌ) لو باعَ بوزنِ عَشَرَةِ دراهمَ من فِضَّةٍ ولَم يُبَيِّنْ أنَّها مَضروبةٌ أو تبرٌ فلا يُحْمَلُ على النقدِ الغالِب بل يبطُلُ لِترَدُّدِه ، قاله البغَوِيّ في فتاوِيه .

(٤) (قوله : وسَمَّاها) أمَّا إذا سَمَّى الدَّراهمَ فلا ، قال شيخُنا : فذكَرَ الشارِحُ لِذلك ليُفيدَ أنَّ الدَّراهمَ في حالَةِ الإطْلاقِ مُنصَرِفةٌ لِلشَّرعيَّةِ وهي الفِضَّةُ نَعَم لو سَمَّى الدَّراهمَ بالفُلوسِ وهناكَ فُلوسٌ من أنْواعٍ مُتعَدِّدَةٍ وفيها غالِبٌ نَزَلَ ذلك على الغالِب . (فرعٌ) لو قال بعتُك داري أو داري هذه وحَدَّدَها وغَلِطَ في حُدودِها صحَّ أو بعتُك الدَّارَ التي في المَحَلَّةِ الفُلانيَّةِ وحَدَّدَها وغَلِطَ في الحُدودِ بَطَلَ ، والفرقُ بينهما ظاهرٌ وإنْ قال بعضُهم : فيه نَظَرٌ لأنَّهما إنْ كانا رَأيَاها وهو الظَّاهِرُ فالوجه الصِّحَّةُ .

فلو كان ثَمَّ نَقدانِ ولا غالِبَ وحَصَلَ تنازُعٌ عَيَّنَ القاضي واحِدًا لِلتَّقويمِ **(ولو قال : بعتُك بألفٍ صِحاحٍ ومُكَسَّرَةٍ لم يصِحَّ)** البيعُ لِجَهلِ النَّقدَينِ كما لو قال بعتُك بألفٍ ذَهَبًا وفِضَّةً .

(فرعٌ : وإنْ باعَ) شَخصًا شَيئًا **(بدينارٍ صَحيحٍ فأعطاه صَحيحَينِ بوزنِه)** أيِ الدِّينارِ **(أو عَكسَه)** أيْ باعَه بدينارينِ صَحيحَينِ **(فأعطاه دينارًا)** صَحيحًا **(بوزنِهما لَزِمَه قَبولُه)** لأنَّ الغرَضَ لا يختلِفُ بذلك ، وصورَةُ العكسِ من زيادَتِه ولا حاجَةَ لِقولِه فيها فأعطاه دينارًا بوزنِهما ، **(لا)** إنْ أعطاه في الأُولى صَحيحًا **(أكثَرَ من دينارٍ)** كأنْ يكونَ وزنُه دينارًا أو نِصفًا فلا يلزَمُه قَبولُه **(لِضَرَرِ الشركةِ إلا بالتراضي)** فيجوزُ فلو أرادَ أحدُهما كسْرَه وامتنَعَ الآخَرُ لم يُجبَر عليه لِضَرَرِ القِسمَةِ **(وإنْ باعَ بنِصفِ مِثقالٍ أخَذَ شِقًّا)** وزنُه نِصفُ مِثقالٍ فإنْ سَلَّمَ إليه صَحيحًا أكثَرَ من نِصفِ مِثقالٍ وتراضَيا بالشركةِ فيه جازَ **(إلا إنْ شَرَطَ)** كونَ النِّصفِ **(مُدَوَّرًا)** فلا يلزَمُه أخذُ شِقٍّ والعقدُ صَحيحٌ **(لكنْ إنْ نَدَرَ وُجودُه بطَلَ العقدُ)** لِعَدَمِ القُدرَةِ على تسليمِه ، واستُشكِلَ بما سَيأتي من أنَّه لو باعَ بنَقدٍ يعِزُّ وُجودُه صَحَّ ثُم إنْ لم يُوجَدْ استُبدِلَ عنه ،وأُجيبَ بأنَّ ذاك يُمكِنُ الاطِّلاعُ على قيمَتِه حالَةَ الاستِبدالِ بخِلافِ نِصفِ دينارٍ مُدَوَّرٍ فإنَّه إذا لم يَرُجْ رواجَ النُّقودِ لا يدري ما قيمَتُه ، والجهلُ بالقيمَةِ يصلُحُ لأنْ يكونَ عِلَّةً لِعَدَمِ الاستِبدالِ .

(وإنْ باعَ) شَخصًا شَيئًا **(بنِصفٍ)** من دينارٍ صَحيحٍ **(ثُم)** باعَه **(شَيئًا آخَرَ بنِصفٍ)** كذلك **(وشرَطَ في)** البيعِ **(الثاني تسليمَ صَحيحٍ عنهما بطَلَ)** البيعُ **(الثاني)** لِلشَّرطِ **(وكذا الأولُ إنْ كان قبلَ لُزومِه)** لِذلك أيضًا ، لأنَّ الواقِعَ في زَمَنِ الخيارِ كالواقِعِ في العقدِ بخِلافِ ما لو كان بعدَ لُزومِه وإنْ لم يشرِطْ ذلك وسَلَّمَ صَحيحًا عن النِّصفَينِ فقد زادَ خيرًا أو قِطعَتَينِ وزنُ كُلِّ واحِدَةٍ نِصفُ دينارٍ جازَ ، قال البُلقينيُّ : مَحَلُّ قولِهم فقد زادَ خيرًا إذا اتَّحدَ المستحَقُّ فلو باعَ الأولَ لِنفسِه والثاني لِغيرِه بوكالَةٍ أو نَحوِها فلا يكونُ قد زادَ خيرًا لِضَرَرِ الشركةِ ولو قال بعتُك بنِصفَي دينارٍ لَزِمَه تسليمُ دينارٍ صَحيحٍ أو بنِصفِ دينارٍ [1] وثُلُثِ دينارٍ وسُدُسِ دينارٍ فلا نَقَلَ ذلك في المجموعِ عن الصَّيمَريِّ والعِمرانيِّ وأقَرَّه وظاهِرٌ أنَّه لو لم يُكرِّر المضاف

---

(١) (قوله : أو بنِصفِ دينارٍ إلخ) أو بنِصفِ دينارٍ من هذا الدِّينارِ فإنْ كان وزنُه نِصفَ دينارٍ أخَذَه أو أكثَرَ فالباقِي لِلمُشتري أو أقلَّ ففي صِحَّةِ البيعِ وجهانِ . ا هـ . وأصحُّهما عَدَمُ صِحَّتِه .

إليه في الثانيةِ فقال نِصْفٌ وثُلُثٌ وسُدُسُ دينارٍ لَزِمَه دينارٌ صَحيحٌ .

(فرعٌ : وإنْ باعَ بنَقْدٍ مَعدومٍ) أصلا ولو مُؤَجَّلا أو مَعدومٍ (في البَلَدِ حالاً) أو مُؤَجَّلا إلى أجَلٍ لا يُمكِنُ فيه نَقْلُه إلى البَلَدِ بالوجه الآتي (لم يصِحَّ) لِعَدَمِ القُدْرَةِ على تسليمِه (أو إلى أجَلٍ يُمكِنُ فيه النَّقْلُ) عادةً بسُهولَةٍ للمُعامَلَةِ (صَحَّ) ثُم إنْ أحضَرَه بعدَ الحُلُولِ فذاك (فلو لم يُحضِره استُبْدِلَ) عنه لِجَوازِ الاستِبْدالِ عنه فلا ينفسِخُ العقدُ (وكذا يستبْدِلُ لو باعَ بمَوْجودٍ عَزيزٍ فلم يجِدْه وليس له) فيما إذا عَقَدَ بنَقْدٍ (إلا النَّقْدُ الواجِبُ بالعقْدِ) لكوْنِه عَيَّنَ فيه أو أطْلَقَ وحَمَلْناه على نَقْدِ البَلَدِ (وإنْ أبطَلَه/السُّلْطانُ) كما لو أسْلَمَ في حِنطَةٍ فرَخُصَتْ ليس له غيرُها . ١٧/٢

(فرعٌ : لو قال بعتُك هذِه الصُّبْرَةَ أو القَطيعَ أو الأرضَ) أو الثَّوبَ كما صرّحَ به الأصلُ (كُلَّ صاعٍ أو شاةٍ أو ذِراعٍ بدِرهَمٍ) مَثَلا (صَحَّ) ولا يضُرُّ الجهلُ بجُملَةِ الثَّمَنِ للعِلْمِ به تفصيلًا ، وفارَقَ عَدَمَ الصِّحَّةِ فيما لو باعَ ثَوْبًا بما رُقِمَ عليه [1] من الدّراهِمِ المجهولَةِ القدرِ بأنَّ الغرَرَ مُنتفٍ في الحالِ ، لأنَّ ما يُقابِلُ كُلَّ صاعٍ مَعلُومِ القدرِ حينَئِذٍ بخِلافِه في تِلْك .

(ولا يصِحُّ بيعُ عَشرِ شياهٍ من هذِه المِائَةِ) وإنْ عَلِمَ عَدَدَ الجُملَةِ (بخِلافِ مِثْلِه من الصُّبْرَةِ والأرضِ) والثَّوب لاختِلافِ قيمَةِ الشِّياه فلا يدْري كم قيمَةِ العشرَةِ من الجُملَةِ ، ولأنَّه لا يُمكِنُ فيها إلا الإشاعَةُ بخِلافِ نَظيرِه من الأشياءِ المذكُورَةِ وبخِلافِ ما لو باعَه ذِراعًا من ثَوبٍ أو أرضٍ وذرعُه مَعلُومٌ لهما (ولو قال بعتُك من هذِه الصُّبْرَةِ كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ) مَثَلا (أو كُلَّ صاعٍ من هذِه الصُّبْرَةِ بدِرهَمٍ) مَثَلا (لم يصِحَّ) لأنَّه لم يبِعِ الجُملَةَ بل بعضَها المحتمِلَ للقَليلِ والكثيرِ فلا يعلمُ قدرَ المبيعِ تحقيقًا ولا تخمينًا (أو) قال (بعتُكها بعَشرَةِ دراهِمَ) مَثَلا (كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ) [2] أو قال

---

(١) (قوله : بما رُقِمَ عليه) الرَّقْمُ الكِتابةُ والختمُ ورَقْمُ الثوب كِتابةُ ثمَنِه .

(٢) (قوله : أو قال بعتُكها بعَشَرَةِ دراهمَ كُلَّ صاعٍ بدرهَمٍ إلخ) صَوَّرَ المُصَنِّفُ المسألَةَ بما إذا قابَلَ الجُملَةَ بالجُملَةِ والتفصيلَ بالتفصيلِ ، وهذا التصويرُ يُخرِجُ ما إذا وقَعَ أحدُهما على سَبيلِ الشرطِ ، وله صورَتانِ : أحدُهما أن لا يُقابِلَ الأجزاءَ بالأجزاءِ بل يُقابِلَ الجُملَةَ بالجُملَةِ فيقولُ بعتُكها بمِائَةٍ على أنَّها مِائَةُ صاعٍ فتخرُجُ زائِدَةً أو ناقِصَةً فإنَّ البيعَ يصِحُّ في الأصحِّ ، ويُخَيَّرُ البائِعُ في الزِّيادَةِ والمُشتري في النُّقصانِ كذا قاله الأصلُ في باب البُيوعِ المنهِيِّ عنها ، وجَرَى عليه المُصَنِّفُ الثانيةُ : عَكْسُه وهو أن لا يُقابِلَ الجُملَةَ بالجُملَةِ بل يُقابِلَ الأجزاءَ بالأجزاءِ فيقولَ بعتُكها كُلَّ صاعٍ بدرهَمٍ على أنَّها مِائَةُ صاعٍ فهي قَريبةٌ من الأُولى ....=

مِثله في الأرضِ والثوب (صَحّ إنْ وافقَ) عَدَدُ الصِّيعانِ أو الأذْرُعِ الثمَنَ بأنْ خرج عَشرٌ لِتوافِقَ جُملَةَ الثمَنِ وتفصيله [١] (لا إنْ زادَ أو نَقَصَ) فلا يصِحُّ لِتعذُّرِ الجمعِ بينِ الجُملَةِ والتفصيلِ .

ولا يشكُلُ بما يأتي في الرِّبا من صِحَّةِ بيعِ صُبْرَةِ حِنطَةٍ بصُبْرَةِ شَعيرٍ مُكايلَةً وإنْ خرجتا مُتفاضِلَتيْنِ ؛ لأنَّ الثمَنَ هنا عُيِّنَتْ كمِّيَّتُه فإذا اختلَّ عنها صارَ مُبهَمًا فأبطَلَ بخِلافِه ثَمَّةَ لم تُعيَّنْ كمِّيَّةُ صيعانِه ،والصُّبْرَةُ النَّاقِصَةُ قد ورَدَ البيعُ على جَميعِها فصارَ كما لو باعَ صُبْرَةً صَغيرَةً بقدرِها من كبيرَةٍ فإنَّه يصِحُّ كما سَيأتي ثَمَّ (و) قولُه (بعتُك صاعًا منها بدِرهَمٍ وما زادَ فبحِسابه صَحيحٌ) في صاعٍ فقط لأنَّه المعلُومُ (أو) قال (بعتُكها وهي عَشَرَةٌ) مِن الآصُعِ (كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ وما زادَ فبحِسابه صَحَّ في العشرَةِ فقط) لِذلك بخِلافِ ما لو قال فيهما على أنَّ ما زادَ بحِسابه لا يصِحُّ لأنَّه شرطُ عَقدٍ في عَقدٍ ولا حاجَةَ للفاءِ في قولِه فبحِسابه في الموْضِعَيْنِ ووُجِدَ في نُسْخَةٍ حَذفُها في الثاني ، وقولُه وبعتُك صاعًا إلى آخِرِه من زيادَتِه هنا ، وتعَرَّضَ له الأصلُ في الإجارَةِ .

(وبيعُ الصُّبْرَةِ والشِّراءُ بها جُزافًا) بتثليثِ الجيمِ (مَكروهٌ) لأنَّه قد يُوقِعُ في النَّدَمِ ، وخرج بالصُّبْرَةِ بيعُ الثوْبِ والأرضِ مجْهولي الذَّرعِ فلا يُكرَه كما اقتضاه كلامُ المتولِّي ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الصُّبْرَةَ [٢] لا يُعرَفُ قدرُها تخمينًا غالِبًا لِتراكُمِ بعضِها على بعضٍ بخِلافِ الآخَرينِ وقولُه : والشِّراءُ بها أعَمُّ من قولِ أصلِه والبيعُ بصُبْرَةِ الدَّراهِمِ .

= لكن جَزَمَ الماورديُّ بالصِّحَّةِ عندَ النُّقصانِ وخَرَجَ الزَّائِدُ على القولَيْنِ ، والرَّاجِحُ أنَّ حُكمَها حُكمُ الصُّورَةِ الأولى .

(١) (قوله : لِتوافِقَ جُملَةَ الثمَنِ وتفصيله) هذا فيما لا تتفاوتُ أجزاؤه كالصَّاعِ فلو قال بعتُك هذه الحُزَمَ بمِائَةِ درهَمٍ كُلَّ حُزمَةٍ بدرهَمٍ لَم يصِحَّ ؛ لأنَّ بَيْعَها بمِائَةٍ يقتضي توزيعَ المِائَةِ على الحُزَمِ كُلِّها بالقِيمَةِ ، وهي تتفاوتُ ، ثم قولُه كُلَّ حُزمَةٍ بدرهَمٍ يُناقِضُ أوَّلَ الكلامِ حَكاه ابنُ الصَّلاحِ عن كِتابِ العِمادِ الفِقهيِّ ، قال شيخُنا : قِيلَ يُؤخَذُ ضَعفُ ذلك من مَسألَةِ بَيْعِ الشِّياه كُلَّ شاةٍ بدرهَمٍ وليس كذلك إذ ليس في مَسألَةِ القطيعِ أنَّه جمع بين الجُملَةِ والتفصيلِ ، ليكونَ قاضيًا على ضَعفِ ذلك ، والظَّاهِرُ بُطلانُه في الشِّياه أيضًا لو جمع بين الجُملَةِ والتفصيلِ بدَليلِ ذكرِهم ذلك في الصُّبرَةِ والأرضِ والثوب وسُكوتهم عن الجمعِ في الشِّياه .

(٢) (قوله : وقد يُفرَّقُ بأنَّ الصُّبرَةَ إلخ) لَعَلَّ الفرقَ أنَّ المذروعَ لا بُدَّ من مُشاهَدَةِ جَميعِه لأجلِ صِحَّةِ البيعِ وحينَئِذٍ فيقِلُّ الغرَرُ بخلافِ الصُّبرَةِ فإنَّ رُؤيَةَ أعلاها تكفي ح .

(فرعٌ : بيعُ المشاهَدِ من غيرِ تقديرٍ كصُبْرَةِ الطَّعامِ والبيعِ به) أيْ بالمشاهَدِ من غيرِ تقديرٍ (كصُبْرَةِ الدّراهمِ صَحيحٌ) وإنْ لم يُعرَف قدرُها اكتِفاءً بالمشاهَدَةِ (فإنْ عَلِمَ) أحدُ العاقِدَيْنِ (أنَّ تحتها دَكَّةً) بفتحِ الدّالِ (أو) مَوْضِعًا (مُنخفِضًا أو اختِلاف أجزاءِ الظَّرفِ) الذي فيه العِوضُ من نَحوِ عَسَلٍ وسَمنٍ رِقَّةً وغِلَظًا (بَطَلَ) العقدُ لِمَنعِها تخمينَ القدرِ فيكثُرُ الغرَرُ ، نَعَم إنْ رَأى ذلك قبلَ وضعِ العِوضِ فيه صَحَّ البيعُ لِحُصولِ التخمينِ ، (وإنْ جَهِلَ) كُلٌّ منهما ذلك بأنْ ظَنَّ أنَّ المحَلَّ مُستوٍ فظَهَرَ خِلافُه (خُيِّرَ) مَنْ لحِقَه النَّقْصُ بين الفسخِ والإمضاءِ إلحاقًا لِما ظَهَرَ بالعيبِ والبيعُ صَحيحٌ ، (فإنْ باعَ الصُّبْرَةَ إلا صاعًا وصيعانُها مَعلُومَةٌ صَحَّ وإلا فلا)[1] لأنَّه ﷺ «نَهَى عن بيعِ الثُّنْيا» رواه مُسلِمٌ زادَ التِرمِذيُّ «إلا أن تُعلَم» وقال : حَسَنٌ صَحيحٌ[2] ، ولأنَّ المبيعَ ما وراءَ الصَّاعِ وهو مَجهولٌ بخِلافِ بيعِ صاعٍ منها كما مَرَّ ؛ لأنَّه مَعلُومُ القدرِ والصِّفةِ ، وبخِلافِ بيعِ جَميعِ الصُّبْرَةِ كما مَرَّ أيضًا ؛ لأنَّ العيانَ مُحيطٌ بظاهِرِ المبيعِ من جَميعِ جوانِبِه فكان أقدرَ على تخمينِ مِقدارِه بخِلافِه في مَسألَتِنا لا يُمكِنُ فيه ذلك لأنَّ المبيعَ خالَطَه أعيانٌ أُخَرُ ولا يكفي مُجَرَّدُ التخمينِ بل لا بُدَّ من إحاطَةِ العيانِ بجَميعِ جوانِبِ المبيعِ ولم يُوجَدْ هنا ولِذلك لو عايَنَ جَميعَ جوانِبِه ولم يُخَمِّنْ كم هو صَحَّ البيعُ قَطْعًا ، ذَكَرَ ذلك ابنُ الصَّلاحِ .

/(فضلٌ : وأمَّا الصِّفةُ فبيعُ ما لم يرَه المتعاقِدانِ) أو أحدُهما من الأعيانِ ١٨/٢
(باطِلٌ[3] وإنْ وصَفه بأوصافِ السَّلَمِ)[4] لِلنَّهْيِ عن بيعِ الغرَرِ ، ولأنَّ الرُّؤْيةَ تُفيدُ ما لا تُفيدُه العِبارَةُ[5] ، وأمَّا خَبَرُ «مَن اشترَى ما لم يرَه فهو بالخيارِ إذا

---

(١) (قوله : وإلا فلا) ولو قال بعتُك صاعًا من هذه الصُّبرَةِ نِصفَ الباقِي بعدَه لَم يصِحَّ لِلجَهالَةِ وفيه احتِمالٌ لِلإمامِ أو نِصفَها وصاعًا من الباقِي صَحَّ .

(٢) سبق تخرجه قريبًا .

(فضلٌ : وأمَّا الصِّفةُ إلخ)

(٣) (قوله : فبَيْعُ ما لَم يرَه المُتعاقِدانِ باطِلٌ) لأنَّه باعَ عَيْنًا لَم يرَ منها شيئًا فلا يصِحُّ كما لو باعَ النوى في التمرِ .

(٤) (قوله : وإنْ وصَفه بأوصافِ السَّلَمِ) لا تخالُف بين هذا وبين قولِهم : لو قال اشترَيْت منك ثوبًا صِفتُه كذا بهذه الدَّراهِمِ فقال بعتُك انعَقَدَ بَيْعًا لأنَّه بَيْعٌ موصوفٌ في الذِّمَّةِ وهذا بَيْعُ عَيْنٍ مُمَيَّزَةٍ موصوفةٍ ، وهذا واضِحٌ ويشتبه على الضَّعَفةِ .

(٥) (قوله : لأنَّ الرُّؤْيةَ تُفيدُ ما لا تُفيدُه العِبارَةُ) روى أحمَدُ في مُسنَدِه بإسنادٍ صحيحٍ «ليس الخبَرُ كالمُعايِنَةِ» وقال ابنُ السَّمعانيِّ : إنَّه حَديثٌ ثابِتٌ واحتجَّ ابنُ أبي هرَيْرَةَ ....=

رَآه» فضَعيفٌ[1] كما قاله الدَّارَقُطنيُّ والبيهَقيُّ [2] . **(وكذا)** لا يصِحُّ لِذلك **(إجارَتُه ورَهْنُه وإسلامُه)** أيْ جَعلُه رَأْسَ مالِ سَلمٍ **(وهبَتُه والصُّلحُ عنه)** أو عليه وإصْداقُه والاختِلاعُ به والعفوُ عن القَودِ عليه ، كما صرّحَ به الأصلُ مع وُجوبِ مَهرِ المِثلِ في الأولَينِ والدِّيةِ في الثالِثِ **(كبيعِ الأعمَى)** وشِرائِه وإجارَتِه ورَهْنِه وهبَتِه كما ذَكرَها الأصلُ فإنَّها لا تصِحُّ لِذلك **(والأعمَى يُكاتِبُ عبدَه)** تغليبٌ للعِتقِ ، قال الزَّركشيُّ : [3] وقياسُه صِحَّةُ شِرائِه [4] مَنْ يُعتقُ عليه وبيعِه العبدَ من نفسِه [5] **(ويجوزُ أن يُؤَجِّرَ نفسَه ويشتريها)** قال في الأصلِ : ويقبَلُ كِتابَتها وإنْ لم يرَها لأنَّه لا يجْهَلُها بل البَصيرُ لا يرَى بعضَ نفسِه . **(و)** أنْ **(يتزَوَّجَ فإنْ زَوَّجَ)** مُولِّيته **(أو خالَعَ أو صالحَ عن دَمٍ بمالٍ مُعَيَّنٍ)** في الثلاثةِ **(بَطَلَ المسَمَّى ووجَبَ البَدَلُ)** من مَهرِ المِثلِ على الزَّوجِ في الأولى ، وعلى قابلِ الخُلْعِ في الثانيةِ ، ومن الدِّيةِ على المعفوِّ عنه في الثالِثَةِ وذِكرُ الثالِثَةِ من زيادَتِه .

(ويجوزُ) له **(أنْ يُسْلِمَ و)** أنْ **(يُسلِمَ إليْه إنْ كان رَأْسُ المالِ في الذِّمَّةِ ولو خُلِقَ أعمَى)** لأنَّ السَّلمَ يعتمِدُ الوصفَ لا الرُّؤْيةَ ، ولأنَّه يعرِفُ صِفته بالسَّماعِ ويتخَيَّلُ ما يُمَيِّزُه ، واعتُبِرَ كونُه في الذِّمَّةِ ليخرُجَ عن بيعِ الغائِب **(ويُوكِّلُ)** غيرَه **(في إقباضِه أو قبضِه رَأْسَ المالِ في المجلِسِ)** لأنَّهما لا يصِحَّانِ منه لأنَّه لا يُمَيِّزُ بين المستحَقِّ وغيرِه ، ولو ترَك قوله رَأْسَ المالِ كان أخصَرَ وأولى فإنَّه مَذكُورٌ قبلُ فيرجِعُ إليْه الضَّميران بعدَه .

(ويصِحُّ توْكيلُه) لِغيرِه **(فيما لا يصِحُّ منه)** من العُقودِ **(لِلضَّرورَةِ)** ولو اشترَى بَصيرٌ شَيْئًا ثُم عَمي قبلَ قبضِه ففي الانفِساخِ وجهانِ كإسلامِ المبيعِ من الكافِرِ قبلَ قبضِه والأصَحُّ المنعُ قاله في المجمُوعِ .

= بالنهيِ عن بَيْعِ المُلامَسَةِ ، وهي شِراءُ الثوب المطْويِّ مع أنَّ بعضَه مَرئِيٌّ فلأَن لا يُرَى منه شيءٌ أولى ، وشَمِلَ إطْلاقُه بُطْلانَ بَيْعِ ما لَم يرَه العاقِدانِ أو أحدُهما الذَّهَبُ والفِضَّةُ .

(١) (قوله : فضعيفٌ) قاله الدَّارَقُطنيُّ بل قال الدَّارَقُطنيُّ إنَّه باطِلٌ .

(٢) ضعيف : رواه الدارقطني في سننه (٤/٣) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٨/٥) حديث (١٠٢٠٦) .

(٣) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) أي كالأذْرَعيِّ .

(٤) (قوله : وقِياسُه صِحَّةُ شِرائِه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وبَيْعُه العبدَ من نفسِه) والبيعُ الضِّمنيُّ فإن صحَّ هذا جَرَى مِثلُه في حَقِّ البصيرِ .

(فُروعٌ : الأولُ) يجوزُ (للأعمَى والبَصيرِ العقدُ على ما رأيَاهُ قبلَ العمَى والعقدِ وهو مِمّا لا يتغيَّرُ غالِبًا) (١) من وقتِ الرُّؤيةِ إلى العقدِ كأراضٍ وأوانٍ وحديدٍ (٢) (لا ما يتغيَّرُ) غالِبًا كأطعِمَةٍ يُسرِعُ فسادُها وبيعَت بعدَ مُدَّةٍ تتغيَّرُ فيها غالِبًا نظَرًا للغالِب فيهما ، (فإن احتمَلَ الأمرينِ) على السَّواءِ كالحيوانِ (٣) (صَحَّ) لأنَّ الأصلَ بَقاءُ المرئِيِّ بحالِه ، قال الماورديُّ ، وإنَّما تكفِي الرُّؤيَةُ السَّابقَةُ إذا كان حالَ العقدِ ذاكِرًا (٤) للأوصافِ فإنْ نَسيَها لِطولِ المدَّةِ ونحوِه فهو بيعُ غائِبٍ وهو - وإن استغرَبَه في المجمُوعِ - ظاهِرٌ ، وبه جَزَمَ الرُّويانيُّ وابنُ الرِّفعَةِ ، وقال النَّشائيُّ في نُكتِه : إنَّه ظاهرُ النَّصِّ (٥) .

(فإنْ وجَدَه مُتغيِّرًا في الصُّورَتينِ) أيْ صورَتَي ما لا يتغيَّرُ غالِبًا وما يحتمِلُ الأمرينِ (فله الخيارُ) لأنَّ الرُّؤيَةَ السَّابقَةَ كالشرطِ في الصِّفاتِ الكائِنَةِ عِندَ الرُّؤيةِ

---

(١) (قوله : وهو مِمّا لا يتغيَّرُ غالِبًا) يُستثنَى ما لو أودَعَه مِائَةَ دينارٍ مَثَلا ثم لَقِيه في موضِعٍ آخَرَ فصارَفه عليها فإنَّه لا يصِحُّ ، وإن كان شاهَدَها عن قُربٍ قاله في الحاوِي آخرَ باب الرِّبا ، وسَبَبُه أنَّ القبضَ يتأخَّرُ عن العقدِ فأشبَهَ التأجيلَ .

(٢) (قوله : كأراضٍ وأوانٍ وحَديدٍ) لِحُصولِ العِلمِ بالرُّؤيَةِ السَّابقَةِ قاله الرَّافِعيُّ ، وهو ظاهرٌ في أنَّه يُشترَطُ أنْ يكونَ عندَ العقدِ ذاكِرًا لِصِفاتِ المبيعِ وإلا فلا يصِحُّ ، وبه صَرَّحَ الماورديُّ وصاحِبُ البحرِ ، وهو الصَّوابُ ، وإنِ استغرَبَه في شرحِ المُهذَّب ع ، وهو المُعتمَدُ عندَ جَمعٍ مَنِ المُتأخِّرينَ كالنشائِيِّ والأذرَعِي وابنِ السُّبكِيِّ .

(فرعٌ) قال الجلالُ البُلقينيُّ : رَأى الثِّمارَ قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ ثم اشتراها بعدَ بُدوِّ الصَّلاحِ ولَم يرَها هل يصِحُّ هذا البيعُ ؟ لَم نَرَ مَن ذكرَه ، وأفتيْت بالبُطْلانِ .

(٣) (قوله : كالحيوانِ) الأولى فإنِ احتمَلَ الأمرَيْنِ على السَّواءِ أو كانتْ حَيوانًا وعِبارَة الأنوار ، وإنِ احتمَلَ التغيُّرَ وعَدَمَه أو كان حَيوانًا ومَضَتْ مُدَّةٌ يُحتمَلُ التغيُّرُ فيها غالِبًا صَحَّ .

(٤) (قوله : إذا كان حالُ العقدِ ذاكِرًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : أنَّه ظاهرُ النصِّ) وكلامُ الرَّافِعِيِّ يُشيرُ إليه ، وقال في الكِفايةِ إنه لا بُدَّ منه ، وقال الأذرَعِيُّ : هذا ظاهرٌ لا شَكَّ فيه ، وكلامُهم مَحمولٌ عليه بل مُشيرٌ إليه فإنَّ نِسيانَ الصِّفاتِ يجْعَلُ ما سَبَقَ كالعدَمِ والمعنَى مَعقولٌ وليس بمَحَلِّ تعَبُّدٍ ، وجَرَى على اشتراطِه في جامِعِ المُختصَرات ، وصَوَّبَه بعضُهم وكأنَّ مَن لَم يُصَرِّحْ به اكتفَى باشتراطِ العِلمِ إذ الناسي لِلشيءِ غيرُ عالِمٍ به ، وكَتبَ أيضًا ولا يشكُلُ عليه أنَّ النِّسيانَ لا يرفعُ الحُكمَ السَّابِقَ كما إذا أنكَرَ الموكِّلُ الوكالَةَ لِنِسيانٍ فإنَّه لا يكونُ عَزلا لِلوكيلِ وما لو نَسيَ الصَّومَ فأكلَ أو شَرِبَ فإنَّه لا يُفطِرُ وكذلك لو نَسيَ الإحرامَ فجامع وما لو رَأى المبيعَ ثم صَرَفَ وجهَه واشتراه غافِلا عن أوصافِه فإنَّه يصِحُّ .

فإذا بانَ فوتُ شيءٍ منها كان بمَثابَةِ الخُلْفِ في الشرطِ ، (وإن اختلفا في التغَيُّرِ) فقال البائعُ هو بحالِه وقال المشتري بل تغَيَّرَ (صُدِّقَ المشتري بيمينِه) لأنَّ البائعَ يدَّعي عليه عِلْمَهُ بهذِه الصِّفةِ [1] والأصلُ عَدَمُه كدَعوى عِلْمِه بالعيْب .

١٩/٢ الفرعُ (الثاني : تكفي رُؤْيةُ / شيءٍ مِمَّا يُستدَلُّ ببعضِه على بعضٍ كصُبْرَةِ الحُبوب والأدِقَّةِ والجوزِ) واللوزِ (وأعلى المائعاتِ كالدُّهنِ والخلِّ في آنيتِهما) لأنَّها لا تتفاوتُ غالبًا (ورأسِ وِعاءِ الطَّعامِ) أيْ والطَّعامِ في رَأْسِ وِعائِه (وقوصرَةِ التمرِ) أيْ والتمرُ في قوصرَتِه وإن التصَقَتْ حَبَّاتُه ، وهي بفتحِ القافِ والصَّادِ وسُكُونِ الواوِ وتشديدِ الرَّاءِ : ما يُجْعَلُ فيه التمرُ ، قاله الجوْهَريُّ ، قال في المهمَّاتِ ومُرادُه الوِعاءُ الذي يُملأ تمرًا إلينا ويُتَحامَلُ عليه لينكبسَ بعضُه على بعضٍ وهو المسَمَّى بالعجْوةِ في مُعظَمِ بلادِ مِصْرَ وبالكبيسِ في صَعيدِها . (وكذا القُطْنُ) ولو في عَدْلِه (وكذا رُؤْيةُ الحِنطَةِ) أنْ نحوها (من كوَّةٍ) بفتحِ الكافِ أفْصَحُ من ضَمِّها أيْ طاقَةً (أو بابٍ من بيتٍ) فإنَّها تكفي (إنْ عرَف) كُلٌّ منهما (عُمقَه وسِعَته وإلا فلا) يكفي في صِحَّةِ بيعِها جُزافًا ، وهذا الشرطُ لا يختصُّ بهذِه فسائرُ الصُّورِ السَّابقَةِ كذلك فلو ذَكروه في الجميعِ كان أولى ، بل تركُه أصلا أولى لأنَّ المانِعَ من صِحَّةِ البيعِ في ذلك الجهْلُ بالمِقْدارِ لا عَدَمُ الرُّؤْيةِ الذي الكلامُ فيه (والتمرُ المتناثِرُ كالجوْزِ واللوزِ) في أنَّه يُكتَفَى برُؤْيةِ بعضِه .

الفرعُ (الثالِثُ : أراه) شَخْصٌ (أُنمُوذَجَ المتماثِلِ) أيِ المتساوِي الأجزاءَ كالحُبوب (وباعَه صاعًا من مِثلِه لم يصِحَّ) لأنَّه لم يُعيِّنْ مالا ولم يُراعِ شُروطَ السَّلَمِ

---

(١) (قوله : لأنَّ البائعَ يدَّعي عليه عِلمَه بهذه الصِّفةِ إلخ) ولأنَّه يُريدُ انتزاعَ الثمَنِ من يدِه فلا يُنتزَعُ منه إلا بقولِه ، والفرقُ بين المسألَةِ وبين ما إذا اختلَفا في عَيْبٍ يُمكِنُ حُدوثُه ، فإنَّ القولَ قولُ البائِع في الأصحِّ أنَّهما اتَّفقا على وُجودِ العيْب في يدِ المُشتري ، والأصلُ عَدَمُ وُجودِه في يدِ البائِع .

(فرعٌ) : لو رَأى أرضًا وأجرًّا وطينًا ثم بَنَى بها دارًا فاشتراها ولَم يرَها ففي البحرِ احتمالاتٌ ، قال في شرحِ المهَذَّب : والصَّوابُ المنْعُ قال وعلى هذا لو رَأى رَطبًا ثم اشتراه تمرًا لَم يصِحَّ كما لو رَأى سَخلَةً أو صَبيًّا فكمُلا ثم اشتراه ففيه قولا بَيْعِ الغائِب : قاله القفَّالُ .

(تنبيهٌ) : حاصِلُ ما ذكرَه الاكتفاءُ برُؤْيةِ البعضِ في شيئَيْنِ : أحدِهما دَلالَةِ المرئيِّ على الباقِي وكونِه صَوَّانًا له ، ويُضافُ إليهما ثالِثٌ وهوكونُ غيرِ المرئيِّ تابعًا كأساسِ الجِدارِ وطَيِّ الآبارِ ومَغارِسِ الأشجارِ .

ولا يقومُ ذلك مَقامَ وصْفِ السَّلمِ لِتعَذُّرِ الرُّجوعِ إليه عِندَ الإشكالِ ، والأُنْمُوذَجُ بضَمِّ الهَمزَةِ والميمِ وفتحِ الذّالِ المعجَمَةِ : مِقْدارٌ تُسَمّيه السَّماسِرَةُ عَيْنًا **(ولو باعَه حِنطَةً بهذا البيتِ مع الأُنْمُوذَجِ)** صَفقَةً واحِدَةً **(لا دونه صَحَّ)** وإنْ لم يَخلِطْ بها قبلَ البيعِ ، وما زَعَمَه الإسْنَوِيُّ من أنَّه إنَّما يصِحُّ بعدَ خَلْطِه بها كما أفتى به البَغَوِيّ (١) ممنُوعٌ ، بل البَغَوِيّ إنَّما أفتى بأنَّه لا يصِحُّ وإنْ خُلِطَ بها ، كما لو باعَ شَيْئًا رَأى بعضَه دون بعضٍ قال : وليس كصُبْرَةٍ رَأى بعضَها لِتمَيُّزِ المرئِيِّ هنا ، فكلامُه مُخالِفٌ لكلامِ الأصحاب من كُلِّ وجهٍ ، أمَّا إذا باعَها دونه فلا يصِحُّ ؛ لأنَّه لم يرَ المبيعَ ولا شَيْئًا منه .

(الرَّابعُ : لا يكفي في غيرِ المتماثِلِ كالبطِّيخِ والسَّفرجَلِ وسَلَّةِ العِنَب) بفتحِ السِّينِ والخوْخِ **(إلا رُؤْيةُ الجميعِ)** لأنَّها تختلِفُ اختِلافًا ظاهرًا وتُباعُ عَدَدًا ، فلا بُدَّ فيها من رُؤْيةِ كُلِّ واحِدَةٍ منها من جَميعِ جوانِبِها ، وما ذَكرَه كأصْلِه في العِنَب ونَحوِه في السَّلَّةِ يشكُلُ على التمرِ في القوصرَّةِ (٢) مع أنَّ إبقاءَه في سَلَّتِه من مَصالِحِه قال الزَّركشيُّ - تبعًا للأذْرَعيِّ - : والإجماعُ الفعليُّ على الاكتِفاءِ برُؤْيةِ ظاهرِه فهو الأشبَه ثُم إنْ ظَهَرَ عَيْبٌ تخَيَّرَ ، قال : وبذلك صرّحَ الإمامُ وجَرَى عليه الغزاليُّ في بَسيطِه والقفَّالُ في فتاوِيه .

(وتكفي رُؤْيةُ الصِّوان) بكسرِ الصَّادِ وضَمِّها أيْ صَواني باقي المبيعِ وإنْ لم يدُلَّ عليه **(كرُمَّانٍ وبيضٍ (٣) في قِشرِه وجوزٍ في قِشرِه الأسفَلِ)** فتكفي رُؤْيةُ القِشرِ المذْكُورِ ؛ لأنَّ صَلاحَ باطِنِه في إبقائِه فيه وإنْ لم يدُلَّ هو عليه ، ومن ذلك الخُشكِنانِ (٤) ونَحوِه كما في المجمُوعِ بخِلافِ جوزِ القُطْنِ وجِلْدِ الكِتاب ونَحوِهما ،

---

(١) (قوله : كما أفتى به البغَوِيّ إلخ) ما قاله يُخالِفُ ما ذكرَه الرَّافِعِيُّ أنَّه لو حَلَبَ مُدًّا من اللَّبَنِ فأراه إيَّاه ثم باعَه مُدًّا ممَّا في الضَّرعِ فقد نَقَلوا فيه وجهَيْنِ كمَسألَةِ الأُنموذَجِ فهذا صَريحٌ في أنَّه لا يُشترَطُ إدخالُه في البيعِ لأنَّه لا يُمكِنُ رَدُّ اللَّبَنِ إلى الضَّرعِ .

(٢) (قوله : يشكُلُ على التمرِ في القوصَرَّةِ إلخ) الفرقُ بينهما واضِحٌ إذ الحاجةُ داعيةٌ في بَقاءِ التمرِ في قوصَرَّته بخلافِ بَقاءِ العِنَب في سَلَّته .

(٣) (قوله : كرُمَّانٍ وبَيْضٍ) وقَصَب السُّكَّرِ وطَلَعِ النخلِ .

(٤) (قوله : ومن ذلك الخُشكِنانِ) أي والجُبَّةُ المحْشوَّةُ بالقُطْنِ ، قال الأذْرَعِيُّ : وهل تُلحَقُ الفُرُشُ واللُّحُفُ بها فيه وقفةٌ . ا هـ . والظَّاهرُ عَدَمُ الإلحاقِ ؛ لأنَّ القُطْنَ فيها مَقصودٌ لِذاتِه بخلافِ الجُبَّةِ ، قد أجمَعوا على صِحَّةِ بَيْعِ الجُبَّةِ المحْشوَّةِ بالقُطْنِ ونحوِها ، ولَعَلَّ اللُّحُف ....=

وخرج بالأسفلِ وهو الذي يُكسَرُ حالةَ الأكلِ القِشرُ الأعلى فلا يكفي رُؤيتُه لأنَّه ليس من مَصالِحِ ما في داخِلِه ، نَعَم إنْ لم ينعَقِد الأسفلُ كفتْ ، وصَحَّ البيعُ لأنَّ الجميعَ مَأكولٌ . (لا بيعُ اللُّبِّ منهما) أيْ من الجوْزِ واللوْزِ أيْ لا يصِحُّ بيعُه وحدَه في قِشرِها (لأنَّ تسليمَه لا يُمكِنُ إلا بكسرِ القِشرِ فتنقُصُ عَيْنُ البيعِ ولا) بيعُ (ما رُئِيَ من وراءِ قارورَةٍ) لانتِفاءِ تمامِ المعرفةِ وصَلاحِ إبقائِه فيها (بخِلافِ) رُؤيةِ (السَّمَكِ والأرضِ تحت الماءِ الصَّافي إذْ به صَلاحُهما) ، قال في المهمَّاتِ : والتقييدُ بالصَّافي يُشعِرُ بأنَّ الكدِرَ يمنَعُ الصِّحَّةَ لكنْ سَيأتي في الإجارَةِ أنَّ شرطَ صِحَّتِها الرُّؤيةُ ، وأنَّ الماءَ الكدِرَ لا يمنَعُ الصِّحَّةَ ، وعُلِّلَ بأنَّه من مَصالِحِ الأرضِ فالتسويةُ بين البابينِ في الرُّؤيةِ والتعليلِ يقتضي التسويةَ بينهما في الإبطالِ بالماءِ الكدِرِ أو في عَدَمِه انتهى .

ويُجابُ بأنَّ الإجارَةَ أوسَعُ لأنَّها تقبَلُ التأقيت ، ولأنَّ العقدَ فيها على المنفعَةِ دون العينِ وجوابُ الأذرَعيِّ بأنَّ الظَّاهرَ حَملُ ما هناك على ما إذا تقدَّمَتِ الرُّؤيةُ قبلَ أنْ يعلُوَ الماءُ الأرضَ مُخالِفٌ لكلامِهم هناك [1] .

٢٠/٢ (الخامِسُ : يُشترَطُ) في صِحَّةِ البيعِ (رُؤيةٌ) للمَبيعِ (تليقُ) به [2] / (ففي الدّارِ) تُشترَطُ (رُؤيةُ السُّقوفِ والسُّطوحِ [3] والجُدرانِ داخِلا وخارِجًا والمستحَمِّ والبالُوعَةِ) إن كانا ، ونُسخَةُ الرَّافعيِّ المعتمَدَةُ إنَّما ذَكَرَتْ هذَيْنِ في الحَمَّامِ وكِلاهما صَحيحٌ ، (ولا يُشترَطُ رُؤيةُ مَجرَى ماءِ الرَّحَى) أيِ الماءُ الذي تدورُ به الرَّحَى هذا من تصَرُّفِه [4] والذي صححه في المجمُوعِ اشتِراطُ ذلك لاختِلافِ الغرَضِ به ،

= والفُرُشِ في مَعنَى ذلك د .

(١) (قوله : مُخالِفٌ لكلامِهم هناكَ) كلامُ الرَّافِعِيِّ هناكَ مُصرِّحٌ بتصحيحِ إجارَةِ الأرضِ التي عليها الماءُ وإن لَم تتقدَّم له رُؤيةٌ حيثُ قال : ومن الأصحاب مَن قَطَعَ بصِحَّةِ إجارَتِها أمَّا عندَ حُصولِ الرُّؤيةِ فظاهرٌ وأمَّا إذا لَم تحصُل الرُّؤيةُ فلأنَّ الماءَ من مَصلَحةِ الزِّراعةِ من حيثُ إنَّه يُقَوِّي الأرضَ ويقطَعُ العُروقَ المُنتَشِرَةَ فيها فأشبَهَ استتارَ لُبِّ اللَّوزِ والجوزِ بقِشرِهما .

(٢) (قوله : رُؤيةٌ تليقُ به) أي عُرفًا ، وضَبَطَ ذلك صاحِبُ الكافي بأن يرى من المبيعِ ما يختلِفُ مُعظَمُ الماليَّةِ باختلافِه .

(٣) (قوله : والسُّطوحُ) والبُيوتُ .

(٤) (قوله : هذا من تصَرُّفِه) تبِعَ فيه بعضَ نُسَخِ الرَّوضَةِ ، فقد قال الإسنَويُّ وفي الطَّريقِ ومَجرَى الماءِ الذي يدورُ به الرَّحَى وجهانِ في الرَّافِعِيِّ من غيرِ تصحيحٍ ، وصحَّحَ في أصلِ الرَّوضَةِ القطعَ بأنَّه لا يُشترَطُ فزادَ طَريقَةً وتصحيحًا كا .

وكَنَظيرِه الآتي في مَجْرَى البُستانِ رُؤيةُ طَريقِ الدّارِ أيضًا كما صححه في المجموعِ ، وأشعَرَ به كلامُ الأصلِ ، وكلامُ المصنفِ قد يتضَمَّنُه لأنَّه لا يُمكِنُ رُؤيتُها بالوجه الذي ذَكرَه من غيرِ رُؤيةِ طَريقِها إلا بتكلُّفٍ ، **(وفي البُستانِ)** تُشترَطُ **(رُؤيةُ أشجارِه وجُدْرانِه ومَجْرَى مائِه لا)** رُؤيةُ **(أساسِها)** أيِ الجُدْرانِ ولا رُؤيةُ عُروقِ الأشجارِ ونَحوِهما ومَعلُومٌ أنَّه تُشترَطُ رُؤيةُ الأرضِ في ذلك ونَحوِه ولو رَأى آلاتِ بناءِ الحمّامِ ، وأرضَها قبلَ بنائِها فهل تُغني عن رُؤيتِها فيه احتِمالانِ لِلرُّويانيِّ ، وصحّح منهما المنعَ وصَوَّبَه في المجموعِ قال - أعني الرُّويانيَّ - وعلى هذا لا تُغني في التمرِ رُؤيتُه رَطْبًا كما لو رَأى سَخْلَةً أو صَبيًّا فكما لا يصِحُّ بيعُهما بلا رُؤيةٍ أُخرى كما قاله القَفّالُ .

(وفي العبدِ والأمَةِ) تُشترَطُ **(رُؤيةُ ما سِوى العورَةِ)** [١] منهما إلا ما يأتي [٢] **(وفي الدّابَّةِ)** تُشترَطُ **(رُؤيةُ كُلِّها)** حتّى شَعرِها فيجِبُ رَفْعُ السَّرجِ والإكافِ والجُلِّ **(لا إجراؤُها)** ليعرِف سَيْرَها فلا يُشترَطُ **(ولا تُشترَطُ رُؤيةُ اللِّسانِ والأسنانِ في الحيوانِ)** ولو رَقيقًا ولا ترجيحَ في هذه في الأصلِ ، فالترجيحُ من زيادةِ المصنفِ تبعًا لِنُسَخِ الرّافعيِّ المعتمَدَةِ ، وبه صرّحَ في المجموعِ ، مع أنَّ تعبيرَ المصنفِ بالحيوانِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالعبدِ والجاريةِ ،**(وفي الثوبِ)** يُشترَطُ **(نَشرُه ليرى الجميعَ ولو لم يُنشر مِثلُه)** إلا عِندَ القَطعِ ،وتُشترَطُ **(رُؤيةُ وجهَيْ ما يختلِفُ منه)** أيْ من الثوبِ بأنْ يكونَ صَفيقًا كديباجٍ مُنقَّشٍ وبُسُطٍ بخِلافِ ما لا يختلِفُ وجهاه ككِرباسٍ فتكفي رُؤيةُ أحدِهما .

(وفي الكُتُبِ) كالمصحَفِ تُشترَطُ **(رُؤيةُ جَميعِ أوراقِ المكتوبِ والبَياضِ)** عِبارَةُ الأصلِ جَميعُ الأوراقِ ، ثُم قال : وفي الورَقِ البَياضِ تُشترَطُ رُؤيةُ جميعِ الطّاقاتِ قاله الزَّركشيُّ تبعًا للأذْرَعيِّ كذا ذَكرَه القاضي فتابعوه ، والإجماعُ الفعليُّ

---

(١) (قولـه : وفي العبدِ والأمَةِ تُشترَطُ رُؤيةُ ما سِوى العورَةِ) ينبَغي تقييدُ الجوازِ بما إذا أمكنَه شِراؤُها كما سَيأتي نَظيرُه في الخطبةِ ر .

(٢) (قولـه : إلا ما يأتي) لو كان المُشتري زَوجَ الأمَةِ قال البغَويّ في فتاويه : لا يُشترَطُ في حَقِّه أيضًا رُؤيةُ العورَةِ لأنَّها ساقِطَةٌ في حُكمِ الشرعِ وهكذا الصَّغيرَةُ . (تنبيهٌ) قال في البحرِ : المذهَبُ الاكتفاءُ في الرَّقيقِ بالوجه واليدِ والرِّجلِ دونَ الباقي ا هـ . وفي التتمَّةِ نحوُه قال بعضُهم : وهو أقرَبُ رِعايةً لِلإجماعِ الفِعليِّ قال في الخادِمِ : ما رَجَّحَه النوويُّ في الأمَةِ مُخالِفٌ لكلامِه في باب النِّكاحِ حيثُ رَجَّحَ أنَّ الأمَةَ كالحُرَّةِ في مَنعِ النظَرِ ، ومُقتضاه أنَّه لا يُشترَطُ النظَرُ إلا إلى الوجه والكَفَّيْنِ فقَطْ ا هـ . الفرقُ بينهما ظاهرٌ .

على خِلافِه في بيعِ الكُتُبِ والورَقِ ، والمختارُ الاكتِفاءُ برُؤيتِه بحَسَبِ العادَةِ والاطِّلاعُ على مُعظَمِه ثم إنْ ظَهَرَ عَيبٌ تخَيَّرَ ، وفي الجُبَّةِ المحشوَّةِ بقُطْنٍ ونَحوِها تكفي رُؤيةُ وجهَيها (ويتسامَحُ في فُقّاعِ الكُوزِ) فلا تُشترَطُ رُؤيةُ شيءٍ منه لأنَّ بَقاءَه فيه من مَصْلحَتِه ، ولأنَّه تشُقُّ رُؤيَتُه ولأنَّه قدرٌ يسيرٌ يتسامَحُ به في العادَةِ وليس فيه غَرَرٌ يفوتُ به مَقصودٌ مُعتبَرٌ ، وقال العبَّاديُّ : يفتحُ رَأسَ الكُوزِ فينظُرُ منه بقدرِ الإمكانِ .

(فرعٌ : لا يصِحُّ بيعُ اللبَنِ والصُّوفِ قبلَ الحلْبِ) بإسكانِ اللامِ (والجزِّ أو الذّكاةِ) وإنْ حُلِبَ من اللبَنِ شيءٌ ورُئِي قبلَ البيعِ لِلنَّهْيِ عن ذلك رواه البيهقيُّ ولاختِلاطِهما بالحادِثِ ، ولِعَدَمِ تيقُّنِ وُجودِ قدرِ اللبَنِ المبيعِ ولِعَدَمِ رُؤيتِه ؛ ولأنَّ تسليمَ الصُّوفِ إنَّما يُمكِنُ باستِئصالِه (١) وهو مُؤلِمٌ للحَيوانِ ،وإنْ شرَطَ الجزَّ فالعادَةُ في مِقْدارِ المجزوزِ مُختلِفةٌ وبيعُ المجهولِ باطِلٌ ، نَعَم إنْ قَبَضَ على قِطْعَةٍ وقال بعتُك هذِه صَحَّ قَطْعًا كما في المجمُوعِ ، وأو في كلامِ المصنفِ بمعنى الواوِ وبها عَبَّرَ في نُسْخَةٍ ، أمَّا بيعُ ذلك بعدَ الحلْبِ والجزِّ أو قبلَ الجزِّ وبعدَ الذّكاةِ فصَحيحٌ ، قال في الأصلِ : وتجوزُ الوصيَّةُ باللبَنِ في الضَّرعِ والصُّوفِ على الظَّهرِ ، قال في المجمُوعِ : لأنَّها تقبَلُ الغرَرَ والجهالَةَ ويجُزُّ الصُّوف على العادَةِ وما حدَثَ بعدَ الوصيَّةِ للوارِثِ ويصْدُقُ في قدرِه بيمينِه .

(ولا) يصِحُّ (بيعُ المذبوحِ أو جِلْدِه أو لحمِه قبلَ السَّلْخِ أو السَّمطِ) في الثّلاثَةِ لأنَّه مجْهولٌ ، قال الأذرَعيُّ : وكذا مَسلُوخٌ لم يُنَقَّ جوفُه وبيعَ وزنًا فإنْ بيعَ جزًّا أصبَحَ بخِلافِ السَّمَكِ والجرادِ لِقِلَّةِ ما في جوفِه أيْ فيصِحُّ مُطلَقًا ، أمَّا بيعُ ذلك بعدَ السَّلْخِ والسَّمطِ فصَحيحٌ لأنَّ الجِلْدَ حينَئِذٍ مَأكُولٌ فهو كالدّجاجَةِ المذبوحَةِ ، وأو الأخيرَةِ في كلامِه بمعنى الواوِ وتعبيرُه بالمذبوحِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالشاة المذبوحَةِ .

(و) لا بيعُ (الأكارِعِ) والرُّءُوسِ (قبلَ الإبانَةِ) ويجوزُ بعدَها نَيِّئَةً ومَشويَّةً ولا اعتِبارَ بما عليها من الجِلْدِ لأنَّه مَأكُولٌ ، ومحَلُّه - كما في فتاوى البَغَويِّ - إذا كانتْ

---

(١) (قوله : ولأنَّ تسليمَ الصُّوفِ إنَّما يُمكِنُ باستئصالِه إلخ) قال الأذرَعيُّ : ويظهَرُ من حيثُ المعنَى أنَّه لو كان المُشتري له مِلكَ الشاةِ كأنْ أوصَى لِزَيْدٍ بصوفِ غَنَمِه ثم مات فقبله زَيْدٌ ثم باعَه من الوارِثِ وأطْلَقَ أنَّه يصِحُّ .

من الغنَم فإنْ كانت من الإبلِ أو البَقَرِ فلا يجوزُ لأنَّه بمَثابَةِ البيعِ بعدَ الذَّبحِ وقبلَ السَّلْخِ لأنَّ جِلْدَه لا يُؤكَلُ مَسلُوخًا ، قال الزَّركشيُّ : ولَعَلَّ هذا في عُرفِ بلادِه لكنْ جرَتْ عادَتُنا بسَمطِ رُءُوسِ البَقَرِ في الهَرائِسِ فهي كالغنَمِ .

(فرع : لا يصِحُّ بيعُ مِسكٍ اختلَطَ بغيرِه) لجَهْلِ المقصودِ (كلَبَنٍ) أو نَحوِه (مخلُوطٍ بماءٍ) أو نَحوِه ، ومَحَلُّه في مَسألَةِ / المِسكِ إذا خالَطَه غيرُه لا على وجه ٢١/٢
التركيب فإنْ كان مَعجونًا بغيرِه كالغاليةِ والنِّدِّ صَحَّ البيعُ كما سَيأتي بخِلافِ السَّلمِ ، والتعليلُ يقتضيه لأنَّ المقصودَ مَجْمُوعُهما لا المِسكُ وحدَه ويَقتَضِي أيضًا أنَّه لو كان قدرُ المِسكِ في الأُولى واللبَنُ في الثانيةِ مَعلُومًا صَحَّ البيعُ ، ونَقَلَ الإسنَويُّ هنا عن الأصلِ كلامًا في باب زَكاةِ النَّقْدَينِ لم أرَه فيه . (أو) بيعُه (في فأْرَتِه) معها أو دونها فلا يصِحُّ (ولو فتحَ رَأْسَها) كاللحمِ في الجِلْدِ (نَعَم لو) رَآه خارِجَها ثُم اشتراه بعدَ رَدِّه إليها أو (رَآها فارِغَةً ثُم مُلِئَتْ مِسكًا) لم يرَه (ثُم رَأى رَأْسَها) أيْ رَأى أعلاه من رَأْسِها (جازَ) وإلا فلا لأنَّه بيعٌ غائِبٌ (وإنْ باعَه السَّمنَ وظَرفَه أو المِسكَ وفأْرَته كُلَّ رَطْلٍ أو قيراطٍ بدِرهَمٍ صَحَّ) وإن اختلَفَتْ قيمَتُهما كما لو باعَ فواكِهَ مُختلِطَةً هذا (إنْ عَرَفا وزنَ كُلِّ واحِدٍ) منهما (وكان لِلظَّرفِ قيمَةٌ) وإلا فلا يصِحُّ [1] ووجَّهوه فيما إذا لم يكنْ لِلظَّرفِ قيمَةٌ بأنَّ البيعَ اشتمَلَ على اشتِراطِ بَذْلِ مالٍ في مُقابَلَةِ ما ليس بمالٍ ، وقولُ البُلْقينيِّ القولُ بعَدَمِ الصِّحَّةِ مَمنُوعٌ ؛ لأنَّ الظَّرفَ وإنْ لم تكنْ له قيمَةٌ إلا أنَّه مَضمُومٌ في صَفقَةِ المتمَوَّلِ فصارَ كما لو باعَ تمرَةً وثَوْبًا بعَشرَةِ دراهِمَ مَثَلا وهو صَحيحٌ قَطْعًا مَمنُوعٌ وما قاسَ عليه فردٌ من أفرادِ ما زَعَمَه .

(ويجوزُ بيعُ حِنطَةٍ مُختلِطَةٍ بشَعيرٍ كيلا ووزنًا) بل وجُزافًا كما صرّحَ به في المجمُوعِ إذْ لا مانِعَ (ويجوزُ بيعُ المعجوناتِ) كالنِّدِّ (والغاليةِ) وهي مُرَكَّبَةٌ من مِسكٍ وعنبَرٍ وعودٍ وكافورٍ ، كذا في الأصلِ في السَّلمِ التحريرِ ذَكَرَ الدُّهْنَ مع الأولَينِ فقط ، (لا) بيعُ (تُرابِ مَعدِنٍ) قبلَ تمييزِه من الذَّهَبِ والفِضَّةِ (و) لا تُراب (صاغَةٍ) لأنَّ المقصودَ مَستورٌ بما لا مَصلَحَةَ له فيه عادَةً كبيعِ اللحمِ في الجِلْدِ ، وهذا من زيادَتِه وذكرَه في المجمُوعِ (ولا يُشترَطُ الذَّوقُ والشَّمُّ في مِثلِ الخَلِّ والمِسكِ ولا لمسِ الثِّيابِ) لأنَّ مُعظَمَ المقصودِ يتعَلَّقُ بالرُّؤيَةِ فلا يُشترَطُ غيرُها .

---

(١) (قوله : وإلا فلا يصِحُّ) لأنَّ المقصودَ ما في الظَّرفِ لا المظروفُ نفسُه (منه) .

(فرع : وإن رَأى ثَوبين مُستويين قيمَةً ووصفًا وقدرًا) كنِصفي كِرباسٍ (فسُرِقَ أحدُهما واشترى الآخرَ غائِبًا) عنه ولا يَعلمُ أيهما المسروقَ (صَحَّ) لِحُصولِ العِلمِ (لا إن اختلَفتِ الأوصافُ) المذكُورَةُ أو شيءٌ منها فلا يصِحُّ لِجَهْلِ صِفةِ المبيعِ ولم تُفِد الرُّؤيَةُ السَّابقَةُ العِلْمَ بها عِندَ العقْدِ ، ويُؤَيِّدُه عَدَمُ الصِّحَّةِ في بيعِ عبدِه المختلِطِ بعَبيدِ غيرِه ولا يعرِفُه المشتري كما مَرَّ .

(وإن اختلَفا في الرُّؤيةِ) كأن ادَّعَى البائعُ رُؤيَةَ المشترى فأنكرَها (فالقولُ قولُ مُدَّعيها) بيمينِه لأنَّ الإقدامَ على العقْدِ اعترافٌ بصِحَّتِه وهو على القاعِدَةِ في دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ من تصديقِ مُدَّعيها وقيلَ القولُ قولُ نافيها لأنَّ الأصلَ عَدَمُها ، وأيِّدَ بما مَرَّ من أنَّه لو باعَ ذِراعًا من أرضٍ مَعلُومَةِ الذّرعانِ ، فادَّعى البائعُ أنَّه أرادَ ذِراعًا مُعَيَّنًا وقال المشتري بل مُشاعًا صُدِّقَ البائعُ ، ويُجابُ بأنَّ الرُّؤيَةَ ظاهرٌ لِتعَلُّقِها بالبَصَرِ الظَّاهرِ لإمكانِ إقامَةِ البَيِّنَةِ عليها فلا يُؤثِّرُ إنكارُها بخِلافِ الإرادَةِ .

(ولا يجوزُ بيعُ شيءٍ من شَجَرِ الحرَمِ والنَّقيعِ) بالنُّونِ ولو كان يسيرًا قُطِعَ لِدَواءٍ كطَعامٍ أُبيحَ أكلُه لا يجوزُ بيعُه ، ويُفارِقُ هذا فيما أُبيحَ قَطعُه لِدَواءٍ قولَ المتولِّي أنَّ لَبَنَ الأُضحيَّةِ المعَيَّنَةِ يُتصَدَّقُ به على الفُقَراءِ ،ويجوزُ لهم بيعُه بأنَّ ما هنا إنَّما أُبيحَ لِحاجَةٍ في جِهَةٍ خاصَّةٍ بخِلافِ ما قاله المتولِّي . قال الزَّركشيُّ : وفي معنى أشجارِ الحرَمِ أحجارُه وتُرابُه .

(ولا) يجوزُ بيعُ (نَصيبه من الماءِ الجاري) من نَهرٍ أو نَحوِه لِلنَّهيِ عن بيعِ الماءِ رواه مُسلِمٌ ، وهو محمُولٌ على ذلك وللجَهْلِ بقدرِه ولأنَّ الجاري إنْ كان غيرَ مملُوكٍ فذاك وإلا فلا يُمكِنُ تسليمُه لاختِلاطِ غيرِ المبيعِ به ، فَطَريقَةُ أنْ يشتري القَناةَ أو سَهمًا منها فإذا مَلَكَ القَرارَ كان أحَقُّ بالماءِ ذَكَرَه القاضي والعِمرانيُّ وغيرُهما فإن اشترَى القَرارَ مع الماءِ فيه كلامٌ يأتي آخِرَ البُيُوعِ المنهَى عنها .

* * *

(بابُ الرِّبا)

بالقَصْرِ وألِفُه بَدَلٌ من واوٍ ويُكتبُ بها وبالياءِ ويُقالُ فيه الرِّماءُ بالميمِ والمدِّ هو لُغَةً : الزِّيادَةُ ، وشرعًا عَقْدٌ على عِوضٍ مخصوصٍ غيرِ مَعلُومِ التماثُلِ في مِعيارِ الشرعِ حالَةَ العقْدِ أو مع تأخيرٍ في البَدَلَيْنِ أو أحدِهما وهو ثلاثَةُ أنواعٍ : رِبا الفضْلِ ، وهو البيعُ مع زيادَةِ أحدِ العِوضَيْنِ على الآخَرِ ، ورِبا اليدِ : وهو البيعُ مع تأخيرِ قبضِهما أو قبضِ أحدِهما ، ورِبا النَّساءِ : وهو البيعُ لأجَلٍ وزادَ المتولِّي رِبا القَرضِ المشروطِ فيه جَرُّ نفعٍ ، ويُمكِنُ عَوْدُه لِرِبا الفضلِ قاله الزَّركشيُّ ، وكُلٌّ منها حَرامٌ ، والأصلُ في تحريمِه قبلَ الإجماعِ قوله تعالى : ﴿وحَرَّمَ الرِّبا﴾ [البقرة :٢٧٥] وقولُه : ﴿وذروا ما بَقِي من الرِّبا﴾ [البقرة :٢٧٨] وخَبَرُ مُسْلِمٍ «لَعَنَ رَسولُ الله ﷺ آكِلَ الرِّبا ومُوكِّله وكاتِبَه وشاهدَيه [(١)]» .

/(إنَّما يحرُمُ) الرِّبا (في الذَّهَب والفِضَّةِ) ولو حُليًّا وإناءً وتِبْرًا (لا) في الفُلُوسِ ٢٢/٢ وإنْ راجَتْ وإنَّما حَرُمَ فيهما (لِعِلَّةِ الثَّمَنيَّةِ الغالِبَةِ) التي يُعَبَّرُ عنها أيضًا بجوْهَريَّةِ الأثْمانِ غالِبًا [(٢)] وهي مُنتفيةٌ عن الفُلُوسِ وغيرِها من سائِرِ العُروضِ (وفي الطُّعومِ لِعِلَّةِ الطُّعمِ) بضَمِّ الطَّاءِ مَصْدرُ طَعِمَ بكسْرِ العينِ أيْ أكَلَ (وإنْ لم يُكلْ و) لم (يُوزَنْ) كالسَّفرجَلِ والرُّمَّانِ والبيضِ والجوْزِ ، وإنَّما جَعل عِلَّةَ الرِّبا في الطَّعامِ الطُّعمَ كما صرَّحَ به من زيادَتِه على الرَّوْضَةِ لأنَّه عَلَّقَ في الخبرِ الآتي الحُكمَ باسمِ الطَّعامِ الذي هو بمعنى المطْعومِ .

والمعَلَّقُ بالمشتقِّ مُعَلَّلٌ بما منه الاشتِقاقُ كالقَطْعِ والجَلْدِ المعَلَّقَيْنِ باسمِ السَّارِقِ والزَّاني والمطْعومُ ما قُصِدَ لِطُعْمِ الآدَميِّ غالِبًا تقَوُّتًا أو تأدُّمًا أو تفكُّهًا أو تداويًا بأنْ يكونَ أظهَرُ مَقاصِدِه الطُّعمَ ، وإنْ لم يُؤكلْ إلا نادِرًا ، (فجَميعُ ما يُؤكلُ) أيْ يُقْصَدُ أكلُه من ذلك (غالِبًا أو نادِرًا) كالبَلُّوطِ والطُّرثوثِ وحدَه (أو مع غيرِه أو بالتداوِي رِبَوِيٌّ) وإنَّما لم يذكُروا الدَّواءَ فيما يتناولُه الطَّعامُ في الأيمانِ لأنَّه لا يتناولُ

---

(١) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب لعن آكل الربا ومؤكله ، حديث (١٥٩٧) .

(٢) (قوله : بجَوهَريَّةِ الأثمانِ غالِبًا) إذ لو كانت العِلَّةُ مَعنًى يتعَدَّاهما لَما جازَ إسلامُهما في غيرِهما . واللاَّزِمُ مُنتفٍ فكذلك الملزومُ .

في العُرفِ المبْنِيَّةَ هي عليه ، والأقسامُ المذكُورَةُ مَأخوذَةٌ من الخبَرِ الآتي فإنَّه نَصَّ فيه على البرِّ والشعيرِ - والمقصودُ منهما التقوُّتُ - فَأُلحِقَ بهما ما في مَعناهما كالأرزِ والذُّرَةِ (١) وعلى التمرِ - والمقصودُ منه التفكُّه والتأدُّمُ - فَأُلحِقَ به ما في مَعناه كالزَّبيب والتينِ (٢) ، وعلى المِلحِ - والمقصودُ منه الإصْلاحُ - فَأُلحِقَ به ما في مَعناه من الأدْوِيةِ (**كالإهْليلَجِ**) بكسْرِ الهَمزَةِ واللامِ الأُولى وفتحِ الثانيةِ ويُقالُ بكسْرِها (**والسَّقَمُونيا**) بفتحِ السِّينِ والقافِ وضَمِّ الميمِ وكسْرِ النُّونِ وبالقَصْرِ (**والطِّينِ الأرْمَنِيِّ**) قال الجوْهَرِيُّ بفتحِ الهَمزَةِ والميمِ والنَّوويُّ بكسْرِهما (٣) نِسْبَةً إلى أرمينيَةَ بكسْرِ الهَمزَةِ وتخْفيفِ الياءِ قَريَةٌ بالرُّومِ ، وجَزَمَ بما قاله النَّوويُّ وابنُ النَّقيب وغيرُه (**لا سائِرِ الطِّينِ**) كالطِّينِ الخُراسانيِّ فليس رِبَوِيًّا لأنَّه إنَّما يُؤكَلُ سَفَهًا (**والزَّعفرانِ والماءِ**) العذْب (**والمصْطَكا**) بضَمِّ الميمِ والقَصْرِ (**والزَّنْجَبيلِ**) واللِّبانِ (**ودُهْنِ البَنفْسَجِ والوردِ والبانِ**) ونَحوِها كصَمغٍ ودُهْنِ خِروعٍ (**رِبَوِيَّةٌ**) لِصِدقِ الضَّابطِ المذْكُورِ عليها (**لا حَبِّ الكِتَّانِ**) بفتحِ الكافِ وكسْرِها ، (**و**) لا (**دُهْنِه ولا دُهْنِ سَمَكٍ**) ولا وردٍ وخِروعٍ (**وماءِ وردٍ وعودٍ**) وجِلْدٍ لأنَّها لا تُقصَدُ لِلطُّعمِ ولا رِبا فيما اختصَّ به الجِنُّ كالعظْمِ أو البَهائِمُ كالحشيشِ والتِّبنِ أو غَلَبَ تناوُلُها له (٤) كما أشرت إليه فيما مَرَّ ، (**ولا**) رِبا (**في الحيوانِ مُطْلَقًا**) أيْ سواءٌ جازَ بلعُه كصِغارِ السَّمَكِ أم لا لأنَّه لا يُعَدُّ للأكلِ على هَيْئَتِه «وقد اشترَى ابنُ عُمَرَ بعيرًا ببعيرينِ بأمرِه ﷺ (٥)» .

---

(١) (قوله : كالأُرزِ والذُّرَةِ) فإنَّ المقصودَ من البرِّ ما يقتاتُه الآدَميُّ فألحَقَ به كُلَّ مُقتاتٍ يختصُّ به كالأُرزِ والذُّرَةِ ، والقصْدُ من الشعيرِ جَرَيانُه فيما شارَكَهم به البهائمُ فألحَقَ به القولَ ونحوه .

(٢) (قوله : كالزَّبيب والتِّينِ) والحلوى .

(٣) (قوله : والنوويُّ بكَسرِهما) وبكَسرِ الهَمزَةِ وفتحِ الميم .

(٤) (قوله : أو غَلَبَ تناوُلُها له إلخ) قال الماورديُّ : فإنْ كان الأغلَبُ فيه أكْلَ الآدَميِّينَ ففيه الرِّبا اعتبارًا بأغلَب حالَتيه كالشعيرِ ، وإنْ كان الأغلَبُ من حالَتيه أكْلَ البهائمِ فلا ربا فيه كالعلفِ الرَّطْب ، وإنِ استوت حالَتاه فالصَّحيحُ فيه الرِّبا قال الجلالُ البُلقينيُّ : ولَم يذْكُر بهذا القِسمِ مِثالا ولا شَكَّ أنَّ القولَ من القِسمِ الأوَّلِ وهو ما يغلِبُ أكْلُ الآدَميِّينَ له فيثبُتُ فيه الرِّبا قَطْعًا .

(٥) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٦٩/٣) وهو عن عبد الله بن عمرو ، أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا - وفيه - فابتاع البعير بالبعيرين بأمر رسول الله ﷺ ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده قوي .

(فصلٌ : والرِّبَوِيَّاتُ بعِلَّةٍ) واحِدَةٍ (إن اتَّحدَ جِنسُهما كبيعِ الـذَّهَب (١) بالذَّهَب والحِنطَةِ بالحِنطَةِ حَرُمَ فيهما التفاضُلُ (٢) والنَّساءُ) بفتحِ النُّونِ والمدِّ أي الأَجَلُ (والتفريقُ قبلَ التقابُضِ ، ولو) وقَعَ العقدُ (في دارِ الحربِ) روى مُسلِمٌ أنَّـه ﷺ قال : «الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثلا بمِثلٍ (٣)» وأنَّه قال «الذَّهَبُ بالذَّهَب والفِضَّةُ بالفِضَّةِ والبُرُّ بالبُرِّ والشعيرُ بالشعيرِ والتمرُ بالتمرِ والمِلْحُ بالمِلْحِ مِثلا بمِثلٍ سواءً بسواءٍ يدًا بيدٍ فإذا اختلَفتْ هذهِ الأَجْناسُ فبيعوا كيفَ شِئْتُم إذا كان يدًا بيدٍ (٤)» أيْ مُقابَضَةً . قال الرَّافعيُّ : ومن لازِمِه الحُلُولُ وإلا لجَازَ تأْخيرُ التسليمِ إلى زَمَنِه ، وظاهرٌ أنَّ قوله : ومن لازِمِه الحُلُولُ جَرَى على الغالِبِ ولا بُدَّ من القبضِ الحقيقيِّ فلا تكفي الحوالَةُ (٥) وإنْ حَصَلَ القبضُ بها في المجلِسِ (٦) .

(ويكفي قبضُ الوكيلِ) في القبضِ عن العاقِدَينِ أو أحدِهما (وهما في المجلِسِ) وكذا قبضُ الوارِثِ بعدَ مَوْتِ مُورِّثِه في المجلِسِ (٧) ، بخِلافِ ما لو كان العاقِدُ عبدًا

---

(١) (قوله : كبَيْعِ الذَّهَب بالذَّهَب إلخ) لو باعَ الطَّعامَ بالطَّعامِ أو النقدَ بالنقدِ بلَفظِ السَّلَمِ لَم يصِحَّ فإنَّ السَّلَمَ يُشترَطُ فيه القبضُ من أحدِ الجانِبَينِ ، والرِّبَوِيُّ يُشترَطُ فيه قبضُهما فلَمَّا تنافى الموضوعانِ بَطَلَ .

(٢) (قوله : حُرِّمَ فيهما التفاضُلُ إلخ) الحُلولُ والمُماثَلَةُ والعِلمُ بها شرطٌ لِلصِّحَّةِ في ابتداءِ العقدِ ، وأمَّا التقابُضُ فشرطٌ في الدَّوامِ ر .

(٣) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب بيع الطعام مثلا بمثل ، حديث (١٥٩٢) .

(٤) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا ، حديث (١٥٨٧) بلفظ «فإذا اختلفت هذه الأصناف ...» .

(٥) (قوله : فلا تكفي الحوالَةُ) ولا الإبراءُ وعَلَّله الماورديُّ بعَدَمِ الاستقرارِ لِتعَرُّضِه لِلفسخ بتقديرِ عَدَمِ القبضِ ، ونُقِضَ بدَينِ السَّلَمِ والكِتابةِ ، والصَّوابُ تعليلُه بلُزومِ الـدَّورِ لأنَّه لو صحَّ لامتنَعَ القبضُ وإذا امتنَعَ القبضُ لَم يصِحَّ .

(٦) (قوله : وإنْ حَصَلَ القبضُ بها في المجلِسِ) لو أحالَ به على حاضِرٍ معه في المجلِسِ وقبَضَه فيه لَم يكفِ ، ولو كان لأحدِهما في ذمَّةِ الآخَرِ ذلك الجِنسُ الذي في ذمَّته له فقال عَوَّضتُك ما في ذمَّتك بمالِك على مَن عقَدَ الصَّرفِ ثم تفارَقا لَم يكفِ .

(٧) (قوله : وكذا قبضُ الوارِثِ بعدَ موت مورِّثِه في المجلِسِ) إذا قُلنا : إن خيارَ المجلِسِ لا يبطُلُ بالموت ، وهو الصَّحيحُ ، كذا نَقَلَه الشيخُ أبو عَليٍّ في شرحِ التلخيصِ عن الأصحاب ، ثم قال : وعندي إنَّما يُتصَوَّرُ هذا إذا كان مع المورِّثِ في المجلِسِ أمَّا لو عَلِمَ وهو في مَجلِسٍ آخَرَ فلا يُتصَوَّرُ هَهنا القبضُ في المجلِسِ إلا أن يقولَ قائِلٌ : إنه إذا عَلِمَ وحَضَرَ وسَلَّمَ وتسَلَّمَ فلا يبطُلُ خيارُه ، لأنَّه في مَعنَى المكروه . ا هـ .

مَأذونًا له فقبَضَ سَيِّدُه أو وكيلا فقبَضَ مُوكِّلُه لا يكفي (فإن اختلَف الجِنسُ (١)
٢٣/٢ كالذّهَب والفِضَّةِ والحِنطَةِ والشعيرِ حَلَّ التفاضُلُ فقط) ، / وشرطُ الحُلُولِ والتقابُضِ ، والمرادُ بالتقابُضِ ما يعُمُّ القبضَ حتّى لو كان العِوضُ مُعَيَّنًا كفى الاستِقلالُ بالقبضِ (وإن اختلَفتِ العِلَّةُ) في الرِّبَوِيَّيْنِ (كالذّهَب والحِنطَةِ أو كان أحدُهما) يعني العِوضَيْنِ (أو كِلاهما غيرَ رِبَوِيٍّ) كذَهَبٍ وثَوبٍ وعبدٍ وثَوبٍ (حَلَّ التفاضُلُ والنَّساءُ والتفرُّقُ قبلَ التقابُضِ) وما اقتضاه آخِرُ الخبَرِ الثاني من أنَّ ذلك لا يجوزُ إلا مُقابَضَةً غيرُ مُرادٍ بالإجماعِ .

(فرع : حَيثُ اشتَرَطْنا التقابُضَ(٢) فتفرَّقا قبله بَطَلَ العقدُ إنْ كان) تفرُّقُهما (عن تراضٍ) وإلا فلا يبطُلُ لأنَّ تفرُّقَهما حينَئِذٍ كلا تفرُّقٍ كما سَيأتي بَيانُه في باب الخيارِ ، والشرطُ المذكُورُ من زيادَتِه أخذَه مِمّا ذَكرَ ثَمَّةَ ، والذي قاله السُّبْكِيُّ (٣) وغيرُه هنا عن الصَّيمَرِيِّ أنّه لا فرقَ بين المختارِ والمكرَه ثُم استشكلُوه بما ذَكرَ ثَمَّةَ ، ثُم قالُوا فإنْ صَحَّ الحُكمانِ فلعَلَّه لِضيقِ باب الرِّبا أو لأنَّ الأغلَبَ على بابه التعَبُّدُ أو لأنَّ القبضَ شرطٌ فلم يختلِف بالنِّسبَةِ إلى المكرَه وغيرِه ، وإذا بَطَلَ العقدُ فيأثَمانِ بالتفرُّقِ إنْ كان عن تراضٍ ويكونُ رِبًا كرِبا النَّسيئَةِ ، فطَريقُهما التفاسُخُ قبلَ التفرُّقِ دَفعًا للإثمِ قاله في المجمُوعِ .

(والتخايُرُ) وهو إلزامُ العقدِ (قبلَ التقابُضِ كالتفرُّقِ) (٤) قبله في أنَّه (يُبطِلُ

---

(١) (قوله : فإنِ اختلَف الجِنسُ إلخ) كُلُّ شيئَيْنِ جَمعهما اسمٌ خاصٌّ دُخولُهما في الرِّبا ويشترِكانِ في ذلك الاسمِ بالاشتراكِ المعنَوِيِّ ، فهما جِنسٌ وما ليس كذلك فهما جِنسانِ ، قال الإسنَوِيُّ : وهذا الضّابطُ لَم يذكُره الرّافِعِيُّ وهو أوَّلُ ما قِيلَ ومع ذلك فإنَّه يُنتقَضُ باللُّحومِ والألبانِ .

(٢) (قولُه فرعٌ حيثُ اشترَطْنا التقابُضَ إلخ) قال في المجمُوعِ في باب الرِّبا : وحيثُ شَرَطْنا التقابُضَ فمَعناه التقابُضُ قبلَ التفرُّقِ الذي ينقَطِعُ به خيارُ المجْلِسِ كما سَبَقَ تفصيلُه ا هـ .

(٣) (قوله : والذي قاله السُّبكِيُّ وغيرُه هنا إلخ) جَزَمَ الشيخُ أبو عَلِيٍّ في شرحِ التلخيصِ بأنَّه لا أثَرَ لِلتَّفرُّقِ بالإكْراه قبلَ القبضِ هنا .

(٤) (قوله : والتخايُرُ قبلَ التقابُضِ كالتفرُّقِ إلخ) قال في المجموعِ في باب الرِّبا : قال المُصَنِّفُ والأصحابُ : وإذا تخايرا في المجْلِسِ قبلَ التقابُضِ فهو كالتفرُّقِ فيبطُلُ العقدُ لأنَّ التخايُرَ كالتفرُّقِ هذا هو المذهَبُ وبه قَطَعَ الجُمهورُ ، وقال ابنُ سُرَيْجٍ : لا يبطُلُ لِظاهرِ الحديثِ فإنَّه يُسَمَّى يدًا بيدٍ ، وكَتبَ أيضًا في الرَّوضَةِ وأصلِها في باب الخيارِ لو أجازَ العقدَ قبلَ التقابُضِ فوجهانِ ، أحدُهما تلغو الإجازَةُ فيبقَى الخيارُ . والثاني : يلزَمُ العقدُ وعليهما التقابُضُ ، وصحَّحَه في المجموعِ ، قال الأذرَعِيُّ : وإنَّما يجيءُ هذا على قولِ ابنِ سُرَيْجٍ ، ....=

العقْدَ الرِّبَوِيَّ) هذا إذا لم يتقابضا قبلَ التفرُّقِ وإلا فلا يبطُلُ [١] أخذًا ممَّا سأذكُره في باب الخيارِ ، **(فإنْ قَبَضَ)** كُلٌّ منهما **(البعضَ ففيه)** أيْ ما قَبَضَ **(قولا تفريقِ الصَّفقَةِ)** وبطَلَ العقْدُ فيما لم يقبضْ .

(تنبيهٌ) كلامُهم كالصَّريحِ في أنَّ العقْدَ يصِحُّ قبلَ التقابُضِ وأنَّه يُبْطِلُه بالتفرُّقِ بغيرِ تقابُضٍ ، وهو ظاهرٌ ولا يُنافيه عَدُّ كثيرٍ التقابُضَ في المجلسِ شرطًا لِصِحَّةِ العقْدِ من حَيْثُ إنَّ الشرطَ يتقَدَّمُ على مَشروطِه ؛ لأنَّ مُرادَهم بذلك أنَّه شرَطَه لِدَوامِ الصِّحَّةِ .

(فرع : الحيلَة في بيعِ) الرِّبَوِيِّ بجِنْسِه مُتفاضِلا كبيعِ **(ذَهَبٍ بذَهَبٍ مُتفاضِلا أنْ يبيعَه من صاحِبِه بدراهمَ أو عَرَضٍ ويشتري)** منه **(بها)** أيْ بالدّراهمِ أو بالعرَضِ **(الذَّهَبَ بعدَ التقابُضِ فيجوزُ)** ولو اتَّخَذَه عادَةً **(وإنْ لم يتفرَّقا و)** لم **(يتخايرا لِتضَمُّنِ البيعِ الثّاني إجازَةَ الأولِ بخِلافِه مع الأجنَبيِّ)** لِما فيه من إسقاطِ خيارِ العاقِدِ الآخَرِ ، وهذا كما أمَرَ النَّبيُّ ﷺ عامِلَ خيبَرَ أن يبيعَ الجميعَ وهو كُلُّ نَوْعٍ من التمرِ لا يُعرَفُ له اسمٌ بالدّراهمِ ثُم يشتري بها جَنيبًا وهو أجودُ التمرِ ، **(أو)** أنْ **(يُقرِضَ كُلٌّ)** منهما **(صاحِبَه ويُبْرِئَه أو)** أن **(يتواهَبا أو)** أن **(يهَبَ الفاضِلَ)** مالِكُه **(لِصاحِبِه)** بعدَ شِرائِه منه ما عَداه بما يُساويه **(وهذا)** أيْ ما ذُكِرَ من الحِيَلِ **(جائزٌ)** إذا لم يشرِطْ في بيعِه وإقراضِه وهبَتِه ما يفعَلُه الآخَرُ كما صرّحَ به الأصلُ ، **(وإنْ كُرِهَ قَصْدُه)** عِبارَةُ الرَّوْضَةِ : هذه الطُّرُقُ ، وإنْ كانتْ جائزَةً عِنْدَنا فهي مَكروهَةٌ إذا نَوَيا ذلك انتهَى . ووُجِّهَ بأنَّ كُلَّ شرطٍ أفسَدَ التصريحُ به العقْدَ إذا نَواه كُرِهَ كما لو تزَوَّجَها بشرطِ أنْ يُطلِّقَها لم ينعَقِدْ أو بقَصْدِ ذلك كُرِهَ ، والتحقيقُ أنَّ كُلًّا من القَصْدِ والعقْدِ الذي قَصَدَ به ذلك مَكروهٌ ، ثُم هذه الطُّرُقُ

= وأمَّا على المذهَب فيبطُلُ جَزمًا ، إذ الإجازةُ تفرُّقٌ حُكمًا ، وقال الزَّركَشيُّ : لو قال التقابُضُ قبلَ لُزومِ العقدِ لكان أحسَنَ ليشمَلَ التفرُّقَ قبلَ التخايُرِ فإنَّ الصَّحيحَ أنَّ إجازَةَ العقدِ قبلَ القبضِ مُبطِلَةٌ كالتفرُّقِ خلافًا لابنِ سُرَيْجٍ .

(١) (قوله : وإلا فلا يُبطِلُه) هذا جَمعٌ به بعضُ المُتأخِّرينَ كالزَّركَشيِّ وابنِ العِمادِ بين كلامَيِ الشيخَيْنِ ولا يتأتَّى الجمعُ به وإنَّما هو تضعيفٌ لكلامِهم في هذا الباب .

(تنبيهٌ) : لو اختلَفا هل تقابَضا في الرِّبا قبلَ التفرُّقِ أو بعدَه ففي المُصَدَّقِ منهما وجهانِ ، وقال ابنُ أبي عَضرونٍ : إنْ كان مالٌ منهما في يدِه صَدَقَ المُنكِرُ بيمينِه وإلا فصاحِبُه ولو أقاما بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الصِّحَّةِ اهـ وأصَحُّ الوجهَيْنِ تصديقُ مُدَّعي الصِّحَّةِ .

ليستْ حيلاً في بيعِ الرِّبَوِيِّ بجِنسِه مُتفاضِلا لأنَّه حَرامٌ بل حِيَلٌ في تمليكِه لِتحصيلِ ذلك ففي عِبارَتِه السَّابقَةِ تسَمُّحٌ .

(فرع : وإن اشترَى) من غيرِه (نصْفًا شائِعًا من دينارٍ) قيمَتُه عَشرَةُ دراهِمَ (بخَمسَةِ دراهِمَ صَحَّ ويُسلِّمُه) البائِعُ (إليْه ليقبضَه) أيِ النِّصْف (ويكونُ النِّصْفُ الثَّاني أمانَةً) في يدِه (بخِلافِ ما لو كان له عليه عَشرَةُ دراهِمَ فأعطاه عَشرَةً فوُجِدَتْ زائِدَةَ الوزنِ) فإنَّه (يضمَنُ الزَّائِدَ) للمُعطي ؛ (لأنَّه قبَضَه لِنفسِه [1] فإنْ أقْرَضَه) البائِعُ في صورَةِ الشِّراءِ (تِلْكَ الخمسَةَ) بعدَ أنْ قبَضَها منه (فاشترَى بها النِّصفَ الآخَرَ) من الدِّينارِ (جازَ) كغيرِها ، (وإن اشترَى الكُلَّ) أيْ كُلَّ الدِّينارِ من غيرِه (بعَشرَةٍ وسَلَّمَ الخمسَةَ) أيْ وسَلَّمَه منهما خَمسَةً (ثُمَّ استقرَضَها) منه وردَّها إليْه عن الثمَنِ (بطَلَ العقْدُ في الخمسَةِ الباقيةِ) بناءً على أنَّ القَرضَ لا يُملَكُ إلا بالتصَرُّفِ ، وهذا ما صححه في الرَّوْضَةِ تبعًا لِنُسَخِ الرَّافعيِّ السَّقيمَةِ ، لكنَّ
٢٤/٢ الثَّابت في نُسَخِه المعتمَدَةِ تضحيحُ الصِّحَّةِ ، / قال الزَّركشيُّ [2] : وهو الصَّوابُ الذي اتَّفقَتْ نُسَخُ الشرحِ الصَّغيرِ على ترجيحِه ، ونَصَّ عليه الشافعيُّ في الأُمِّ وكثيرٌ منهم : الشيخُ أبو حامِدٍ وأتْباعُه ، والقاضي أبو الطَّيِّب ، وابنُ الصَّبَّاغِ والرُّويانيُّ والشاشيُّ ، والعِمرانيُّ والبَغَويُّ بناءً على الأصَحِّ من أنَّ القَرضَ يُملَكُ بالقبضِ ، وقياسًا على الصُّورَةِ السَّابقَةِ ، وعلى ما لو استقرَضَ منه خَمسَةً غيرَ التي سَلَّمَها له ، فإنْ قُلْت : تصَرُّفُ البائِعِ فيما قَبَضَه من الثمَنِ في زَمَنِ الخيارِ باطِلٌ قُلْت : مَحَلُّه مع الأجْنَبيِّ لا مع العاقِدِ كما مَرَّ ، فإنْ قُلْت : قَرضُ الثمَنِ في ذلك تصَرُّفٌ في زَمَنِ الخيارِ فيكونُ إجازَةً للعَقْدِ وهي كالتفرُّقِ فيبْطُلُ كما مَرَّ [3] قُلْت : مَحَلُّه إذا لم يتقابَضا قبلَ التفرُّقِ وهنا بخِلافِه .

(وتُراعَى المماثَلَةُ فيما يُكالُ بالكيْلِ) وإنْ تفاوت في الوزنِ (وفيما يُوزَنُ بالوزنِ) [4] وإنْ تفاوت في الكيْلِ ، والمعتبَرُ في كونِ الشيءِ مَكيلا أو مَوْزونًا غالِبُ

---

(١) (قوله : لأنَّه قبَضَه لِنفسِه) وعلى قِياسِه لو وزَنَ له مِائَةَ درهَمٍ كانت له عليه فأخطأَ بزيادَةِ عَشَرَةٍ كانت العشَرَةُ مَضمونَةً على الآخذ ، وكذا لو اقترَضَ منه فوزَنَ له مِائَةً وعَشَرَةً .

(٢) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه .

(٣) (قوله : فيبطُلُ كما مَرَّ) هذا هو الأصحُّ فلا يصِحُّ الأداءُ عنه لانفِساخِ العقدِ فيه .

(٤) (قولُه وفيما يوزَنُ بالوزنِ) لو باعَ دينارًا بدينارٍ وساواه في ميزانٍ ونَقَصَ في آخَرَ فقِياسُ ما قالوه من عَدَمِ الزَّكاةِ لِعَدَمِ تحَقُّقِ النِّصاب أنْ لا يصِحَّ هنا لِعَدَمِ تحَقُّقِ المُماثَلَةِ .

عادَةِ الحِجازِ **(في عَهْدِ النَّبيِّ ﷺ)** لِظُهورِ أنَّه اطَّلَعَ على ذلك وأقَرَّه ، وقد روى البيهقيُّ خَبَرَ «الذَّهَب بالذَّهَب وزنًا بوزنٍ والبُرُّ بالبُرّ كيلا بكيلٍ [(١)]» وروى أبو داوُد خَبَرَ «المِكيالُ مِكيالُ أهْلِ المدينَةِ والميزانُ ميزانُ أهْلِ مَكَّةَ [(٢)]» ولم يُرِدْ ﷺ أنَّه لا مِكيالَ ولا ميزانَ إلا بهما لِجوازِ الكيْلِ والوزْنِ بغيرِهما إجماعًا ، وإنَّما أرادَ أنَّ لاعتِبارَ بما يُكالُ ويُوزَنُ بهما فلو أحدَثَ النَّاسُ خِلافَ ذلك فلا اعتِبارَ بأحداثِهم **(فيحرُمُ بيعُ البُرِّ بالبُرِّ)** بل بيعُ كُلِّ رِبَوِيٍّ مَكيلٍ بمِثلِه **(وزنًا)** وبيعُ كُلِّ رِبَوِيٍّ مَوْزونٍ بمِثلِه كيْلا **(والمِلْحُ مَكيلٌ)** إلا فيما ذَكَرَه بقولِه .

(فلو كان) المِلْحُ **(قِطَعًا كِبارًا فالمماثَلَةُ)** فيه وفي كُلِّ ما يتجافى في الكيْلِ **(بالوزْنِ)** نَظَرًا لِهَيْئَتِه في الحالِ **(وما لم يكن في ذلك العهْدِ)** [(٣)] أيْ عَهْدِه ﷺ **(أو كان وأشكَلَ)** [(٤)] حالُه ولو بنِسْيانٍ **(أو استُعمِلا)** أيِ الكيْلُ والوزْنُ **(فيه)** بأنْ كان يُكالُ مَرَّةً ويُوزَنُ أُخرى **(سواءٌ)** فالعِبْرَةُ بعُرفِ الحِجازِ قاله المتولِّي [(٥)] فإنْ لم يكن **(وكان)** ذلك **(أكبَرَ)** جُرمًا **(من التمرِ)** كالجوْزِ **(فالوزْنُ)** إذا لم يعهَدْ الكيْلَ بالحِجازِ فيما هو أكبَرُ منه ، **(أو)** كان **(مِثلَه)** كاللوْزِ **(أو دونه فعادَةُ بَلَدِ البيعِ [(٦)] الآنَ)** أيْ حالَةَ البيعِ أمَّا إذا استُعمِلا فيه وغَلَبَ أحدُهما فهو المعتبَرُ قال المتولِّي وغيرُه ، وسواءٌ المِكيالُ المعتادُ في عَصْرِه ﷺ والمحدَثُ بعدَه وإنْ لم يُعتد الكيْلُ به كقَصْعَةٍ ويكفي التساوِي بكِفَّتَيِ الميزانِ ، وإنْ لم يعرِفْ قدرَ ما في كُلِّ كِفَّةٍ، وقد يتأتَّى الوزْنُ بالماءِ أنْ يُوضَعَ الشيءُ بظَرفٍ ويُلْقَى في الماءِ ويُنْظَرُ قدرَ غَوْصِه لكنَّه ليس وزنًا شرعيًّا ولا عُرفيًّا ، فالظَّاهرُ أنَّه لا يكفي [(٧)] هنا وإنْ كفى في الزَّكاةِ وأداءِ

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٥/٢٩١) حديث (١٠٣٢١) .

(٢) صحيح : أبو داود (٣/٢٤٦) كتاب البيوع ، باب في قول النبي ﷺ : المكيال مكيال المدينة ، حديث (٣٣٤٠) ، ورواه النسائي (٥/٥٤) حديث (٢٥٢٠) .

(٣) (قوله : وما لَم يكُن في ذلك العهْدِ) أو لَم يعلَم هل كان موجودًا في عَهْدِه أم حَدَثَ بعدَه أو لَم يكُن بالحِجازِ .

(٤) (قوله : أو كان وأشكَلَ) بأنْ لَم يعلَم هل كان موجودًا بالحِجازِ أم لَم يكُن أو هل كان يُكالُ فيه أو يوزَنُ ، أو هل غَلَبَ أحدُهما أم لا ، أو عُلِمَت الغلَبَةُ ولَم تتعيَّن أو عُلِمَت ونُسيت .

(٥) (قوله : قال المتولِّي) تعليلُ الأصحاب الأسبَقِ يُخالِفُه .

(٦) (قوله : فعادَةُ بَلَدِ البيعِ الآنَ) فلو قَدَّرَ بالكيلِ والوزنِ في بَلَدٍ فإنْ لَم يغلِب أحدُهما أُعتُبِرَ بأشبَهِ الأشياءِ فيه ، قاله السُّبكيُّ أخذًا مِمَّا في التتمَّةِ .

(٧) (قوله : فالظَّاهرُ أنَّه لا يكفي هنا) أشارَ إلى تصحيحِه .

المسلمِ (١) فيه قاله في الأصلِ ، وقال البُلْقينيُّ : الأرجَحُ عِندَنا خِلافُه فإنَّه أولى بالجوازِ من القَضعَةِ .

(فرع : وما لا يُقَدَّرُ بكيْلٍ ولا وزنٍ) كبطِّيخٍ وقِثَّاءٍ **(يجوزُ بيعُه بغيرِ جِنْسِه)** كيف شاءَ ، وأمَّا بجِنسِه **(فإنْ كان مِمَّا يُجَفَّفُ)** كالبَطِّيخِ الذي يُفلَقُ ، وكذا كُلُّ ما يُجَفَّفُ من الثِّمارِ **(وإنْ كان مُقَدَّرًا كالمِشمِشِ)** بكسرِ الميمَيْنِ وحُكِي فتحُهما **(والخوخِ والكُمَّثرَى الذي يُفلَقُ لم يُبع بعضُه ببعضٍ حالَةَ الرُّطوبَةِ)** إذ لا كمالَ له **(ويُباعُ)** به **(جافًّا أو)** كان **(مِمَّا لا يتجَفَّفُ كالقِثَّاءِ وكذا الرُّطَبُ والعِنَبُ)** وغيرُهما **(من المقَدَّراتِ التي لا تُجَفَّفُ)** كَرُطَبٍ لا يتثَمَّرُ وعِنَبٍ لا يتزَبَّبُ **(لا يجوزُ بيعُ بعضِه ببعضٍ)** رَطْبًا نَعَم الزَّيْتونُ لا جَفاف (٢) له يجوزُ بيعُ بعضِه ببعضٍ في حالِ رُطوبَتِه وسَيأْتي آخِرَ الباب أنَّه يجوزُ بيعُ البيضِ بمِثلِه في قِشرِه وزنًا **(فإنْ أرادَ)** شريكانِ **(قِسمَةَ الرِّبَوِيِّ لم تَجُزْ قِسمَةُ المكيلِ وزنًا والموْزونُ كيْلا والرُّطَبُ والعِنَبُ لا يُقْسَمُ)** كُلٌّ منهما **(كيْلا ولا وزنًا ولا خَرصًا لأنَّ القِسمَةَ بيعٌ)** لكنْ سَيأْتي في بابها أنَّ قِسمَةَ المتشابهاتِ إفرازٌ لا بيعٌ فعليه تصِحُّ قِسمَتُها وسَيأْتي بَيانُه ثَمَّ .

(فرع : لا يجوزُ بيعُ رِبَوِيٍّ بجِنْسِه جُزافًا و) لا **(تخمينًا)** أيْ حَزرًا لِلتَّساوِي **(ولو خَرَجا سواءً)** «لِلنَّهْيِ عن بيعِ الصُّبرَةِ من التمرِ لا تُعلَمُ مَكيلَتُها بالكيْلِ المسَمَّى من التمرِ» رواه مُسلِمٌ (٣) ، وللجَهْلِ بالمماثَلَةِ حالَةَ البيعِ ، والجهْلُ بالمماثَلَةِ كحَقيقَةِ المفاضَلَةِ فلو عَلِما تماثُلَ الصُّبرَتَينِ جازَ البيعُ (٤) قاله القاضي ، ولا حاجَةَ حينَئِذٍ إلى كيْلٍ .

(فإنْ باعَ صُبرَةً بصُبرَةٍ) من بُرٍّ أو نحوِه **(مُكايلَةً)** أو كيْلا بكيْلٍ **(أو)** صُبرَةً بصُبرَةٍ من دراهمَ أو نحوِها **(مُوازَنَةً)** أو وزنًا بوزنٍ **(صَحَّ إنْ تساويا)** لِحُصولِ

---

(١) (قوله : وإنْ كَفَى في الزَّكاةِ وأداءِ المُسلَم فيه) الفرقُ بينهما ظاهرٌ ، وهو أنَّ بابَ الرِّبا ضَيِّقٌ لأنَّ التحَرِّيَ فيه مَمنوعٌ ، ولهذا لا يدخُلُه التقويمُ .

(٢) (قوله : نَعَم الزَّيْتونُ لا جَفاف له إلخ) أُجيبَ بأنَّه لا يُرَدُّ لأنَّه جافٌّ وتلك الرُّطوباتُ التي فيه إنَّما هي الزَّيْتُ ولا مائِيَّةَ فيه ، ولو كان فيه مائِيَّةٌ لجَفَّ .

(٣) مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع صُبرة التمر المجهولة القدر ... ، حديث (١٥٣٠) بإسناده عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، مرفوعًا .

(٤) (قوله : فلو عَلِما تماثُلَ الصُّبرَتَينِ جازَ البيعُ إلخ) لو عَلِمَ أحدُهما مِقدارَها وأخبَرَ الآخَرَ به فصَدَّقَه فكما لو عَلِماه قاله الرُّويانيُّ ز .

المماثَلَةِ (١) (وإلا فلا) لأنَّه قابَلَ الجُملَةَ بالجُملَةِ وهما مُتفاوِتتانِ (ويصِحُّ بيعُ صُبْرَةٍ بكيْلِها) فيما يُكالُ وبوزنِها فيما يُوزَنُ (من صُبْرَةٍ أكبرَ منها) لِحُصولِ المماثَلَةِ (فلو تفرَّقا) في هذِه والتي قبلها فيما إذا صَحَّ البيعُ (بعدَ قبضِ الجُملَتينِ وقبلَ/ الكيْلِ ٢٥/٢
أو الوزنِ (جازَ) لِحُصولِ التقابُضِ في المجلِسِ وما فضَلَ من الكبيرَةِ بعدَ الكيْلِ أو الوزنِ لِصاحِبِها فالمعتبَرُ في القبضِ هنا ما ينقُلُ الضَّمانَ فقط (٢) لا ما يُفيدُ التصرُّف أيضًا لِما سَيأتي إنَّ قبضَ ما بيعَ مُقَدَّرًا إنَّما يكونُ بالتقديرِ .

(وإنْ باعَ صُبْرَةَ بُرٍّ بصُبْرَةِ شَعيرٍ جُزافًا جازَ) لِعَدَمِ اشتِراطِ المماثَلَةِ في الجِنْسَينِ (فإنْ باعَها بها مُكايلَةً) أو كيْلا بكيْلٍ أو صاعًا بصاعٍ أو أكثرَ فإنْ خرجتا سواءً صَحَّ ، (و) إنْ (تفاضَلَتا وسَمَحَ رَبُّ) المالِ (الزَّائِدِ) بإعطائِه (أو رَضِيَ رَبُّ النَّاقِصِ بقدرِه) من الزَّائِدِ (أُقِرَّ) البيعُ (وإلا) بأنْ تشاحَّا (فُسِخَ) البيعُ ،وتقَدَّمَ ما في جوابه في الكلامِ على بيعِ الصُّبْرَةِ بعَشرَةِ دراهِمَ ، كُلُّ صاعٍ بدِرهَمٍ .

(فصلٌ في قاعِدَةِ مُدِّ عَجْوةٍ : ولا يجوزُ أنْ يقَعَ في جانِبِي الصَّفقَةِ) أيِ البيعَةِ (رِبَوِيٌّ شرطُه التماثُلُ) بأن اتَّحدَ جِنسُه (ومعه جِنسٌ آخَرُ) ولو غيرَ رِبَوِيٍّ (فيهما) ، أيِ الجانِبينِ (أو في أحدِهما أو) معه (نوْعٌ) آخرُ فيهما أو في أحدِهما (أو) معه (ما يُخالِفُه في الصِّفةِ) فيهما أو في أحدِهما فيه الجِنسُ (كمُدِّ عَجْوةٍ ودِرهَمٍ (٣) بمِثلِها أو بمُدَّيْ عَجْوةٍ أو بدِرهَمَينِ ، و) مُعَيَّنَةِ النَّوعِ (كمُدَّيْ عَجْوةٍ) أو مُدَّيْ صَيْحانِيّ أو مُدِّ عَجوةٍ ومُدِّ صَيحانِيّ (بمُدِّ عَجْوةٍ و) مُدِّ (صَيحانِيّ و) مَعيَّةَ الصِّفةِ (كمِائَتَيْ دينارٍ جَيِّدَةٍ أو رَديئَةٍ) ، أو مِائَةِ دينارٍ جَيِّدَةٍ ومِائَةِ رَديئَةٍ (أو) مِائَتَيْ دينارٍ (صِحاحٍ أو مُكَسَّرَةٍ تنقُصُ) قيمَتُها عن الصِّحاحِ ، أو مِائَةِ دينارٍ صِحاحٍ

---

(١) (قوله : لِحُصولِ المُماثَلَةِ) ولِلعِلمِ بها تفصيلا حالَةَ العقدِ .

(٢) (قوله : فالمُعتبَرُ في القبضِ هنا ما ينقُلُ الضَّمانَ فقَطْ إلخ) قبضُ المبيعِ إذا كان شرطًا في صِحَّةِ العقدِ كَقبضِ رَأسِ مالِ السَّلَمِ ونحوِه في إجارَةِ الذِّمَّةِ وقبضُ العِوضِ من الجانِبَيْنِ في الصَّرفِ وبَيْعُ الطَّعامِ بالطَّعامِ فهذا لا يُعتبَرُ فيه التقديرُ كما صحَّحوه لِدُخولِه تحت قولِه ﷺ : «يدًا بيدٍ» ، ولِدُخولِه تحت مُقتضَى التسليمِ ، وليس لِلتَّقديرِ في القبضِ المُصحِّحِ مَعنًى ، وإن كان لاستقرارِ البيعِ أو لِدُخولِه في ضَمانِ القابضِ فكذلك ، وإن كان لِصِحَّةِ تصرُّفِ القابضِ فهذا يُعتبَرُ فيه التقديرُ على الأصحِّ .

(٣) (قوله : كمُدِّ عَجْوةٍ ودرهَمٍ إلخ) وكَبَيْعِ سِمسِمٍ بدُهْنِه واللَّبَنِ بالسَّمنِ ودرهَمٍ فِضَّةٍ بنِصْفِه ونِصْفِ فُلوسٍ .

ومِائَـةٍ مُكسَّرَةٍ تنقُصُ (بمِائَةِ دينارٍ جَيِّـدَةٍ ومِائَـةٍ رَديئَةٍ صَحيحَةٍ ومِائَـةٍ مُكسَّرَةٍ) تنقُصُ . فإذا اشتمَلَ العقْدُ على شيءٍ من ذلك فهو باطِلٌ ؛ لِخَبَرِ مُسلِمٍ عن فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ قال : «أُتِي النَّبيُّ ﷺ بقِلادَةٍ فيها خَرَزٌ وذهَبٌ تُباعُ بتِسعَةِ دَنانيرَ فأمَرَ النَّبيُّ ﷺ بالذَّهَب الذي في القِلادَةِ فنُزِعَ وحدَه ثم قال : «الذَّهَبُ بالذَّهَب وزنًا بوزنٍ [١]» وفي رِوايةٍ «لا تُباعُ حتى [٢] تُفصَلَ [٣]» ؛ ولأنَّ قَضيَّةَ اشتِمالِ أحدِ طَرَفَيِ العقْدِ على مالَيْنِ مُختلِفَيْنِ توزيعُ ما في الآخَرِ عليهما اعتِبارًا بالقيمَةِ [٤] كما في بيعِ شِقْصٍ مَشفوعٍ وسَيفٍ بألفٍ وقيمَةُ الشِّقْصِ مِائَةٌ والسَّيفِ خَمسونَ ، فإنَّ الشفيعَ يأخُذُ الشِّقْصَ بثُلُثَيِ الثَّمَنِ والتوزيعُ هنا يُؤدِّي إلى المفاضَلَةِ أو الجهلِ بالمماثَلَةِ ، ففي بيعِ مُدٍّ ودِرهَمٍ بمُدَّيْنِ إنْ كانتْ قيمَةُ المدِّ الذي مع الدِّرهَمِ أكثَرَ أو أقَلَّ منه لَزِمَتِ المفاضَلَةُ أو مِثلَه لَزِمَ الجهلُ بالمماثَلَةِ ، فلو كانتْ قيمَتُه دِرهَمَيْنِ فالمدُّ ثُلُثا طَرَفِه فيُقابلُه ثُلُثا المدَّيْنِ أو نِصْفُ دِرهَمٍ فالمدُّ ثُلُثُ طَرَفِه فيُقابلُه ثُلُثُ المدَّيْنِ فتلزَمُ المفاضَلَةُ أو مِثله فالمماثَلَةُ مَجْهولَةٌ ؛ لأنَّها تعتمِدُ التقويمَ وهو تخمينٌ قد يُخطِئُ ، والكلامُ في بيعِ المعَيَّنِ [٥] فلا يشكُلُ بما سَيأتي في الصُّلحِ من أنَّه لو كان له على غيرِه ألفُ دِرهَمٍ وخَمسونَ دينارًا دَيْنًا فصالحَه من ذلك على ألفَيْ دِرهَمٍ جازَ ، ثُم الأكثَرونَ أطلَقوا البُطْلانَ فيما تقَدَّمَ ، وقال المتولِّي : لو باعَه مُدًّا ودِرهَمًا بمُدَّيْنِ بَطَلَ في المدِّ المضمُومِ إلى الدِّرهَمِ وفيما يُقابلُه من المدَّيْنِ وفي الباقي قولا تفريقِ الصَّفقَةِ .

قال في الأصلِ : وعلى هذا قياسُ ما لو باعَهما بدِرهَمَيْنِ أو باعَ صاعَ حِنطَةٍ وصاعَ شَعيرٍ بصاعَيْ حِنطَةٍ أو صاعَيْ شَعيرٍ ، ويُمكِنُ أنْ يكونَ كلامُ مَنْ أطلَقَ مَحْمولا على هذا انتَهى . ورَدَّه ابنُ الرِّفعَةِ [٦] بأنَّ تفريقَ الصَّفقَةِ إنَّما يكونُ عِنْدَ فواتِ شرطٍ

---

(١) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، حديث (١٥٩١) .

(٢) (قوله : وفي رِوايةٍ : لا تُباعُ حتى تُفصلَ) أرادَ التفصيلَ بالعقدِ .

(٣) انظر السابق .

(٤) (قوله : اعتبارًا بالقِيمَةِ يومَ العقدِ) عُرفًا وشرعًا .

(٥) (قوله : والكلامُ في بَيْعِ المعَيَّنِ) قال شيخُنا يُقالُ فيه : خَرَجَ به ما في الذِّمَّةِ فلا يأتي فيه جَميعُ ما في المعَيَّنِ ، والمفهومُ إذا كان فيه تفصيلٌ لا يُرَدُّ .

(٦) (قوله : ورَدَّه ابنُ الرِّفعَةِ إلخ) قال الناشِرِيُّ : ما ذكرَه ابنُ الرِّفعَةِ يرُدُّه ما إذا نَكَحَ خَمسًا فيهنَّ أُختانِ فإنَّ البُطْلانَ يَختصُّ بهما وفي الباقِي قولا تفريقِ الصَّفقَةِ والأظهَرُ الصِّحَّةُ ، فهذه المسألَةُ نَظِيرُ مَسألَتنا بخلافِ ما ذكرَ فليُنظَر في ذلك ا هـ الفرقُ بينها وبين مَسألَتنا ظاهرٌ .

بعضِ المعقودِ عليه ، وهنا الفسادُ للهَيْئَةِ الاجتِماعيَّةِ فأشبَهَ العقدَ على خَمسِ نِسْوةٍ فإنَّه يبطُلُ في الجميعِ ، وتبعَه السُّبكيُّ وقال الإسنَويُّ بعدَ كلامِ الأصلِ : ولَك أنْ تقولَ قد سَلِمَ في القاعِدَةِ أنَّ التقسيطَ لا يُعتبرُ فإنَّه صَحيحٌ أنَّه لا يجوزُ بيعُ مُدِّ عَجوةٍ ودِرهَمٍ بمُدِّ عَجوةٍ ودِرهَمٍ إذا كان الدِّرهَمانِ من ضَربٍ واحِدٍ والمدَّانِ من شَجَرَةٍ واحِدَةٍ ، فإذا تقرَّرَ أنَّه لا يُعتبرُ التقسيطُ لَزِمَ امتِناعُ هذِه المسألَةِ انتَهى . وعلى هذا جَرَى المصنفُ وهو المعتمَدُ ، هذا وقد يُقالُ : الأوجَه الأولُ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الفسادَ هنا للهَيْئَةِ الاجتِماعيَّةِ [1] والتقسيطِ إنَّما اعتُبرَ فيما قاله المتولِّي للفسادِ لا لِلصِّحَّةِ ، **(نَعَم إنْ قال في الأولَةِ)** من المسائِلِ السَّابقَةِ **(بعتُك مُدًّا ودِرهَمًا بمُدٍّ ودِرهَمٍ وجَعَلا المدَّ)** مُقابلا **(بالمدِّ والدِّرهَمَ بالدِّرهَمِ أو المدَّ بالدِّرهَمِ ، أو الدِّرهَمَ بالمدِّ صَحَّ)** لاختِلافِ الصَّفقَةِ [2] ، والأولَةُ لُغَةٌ قليلَةٌ ، والكثيرُ الأولى ذَكرَه في المجمُوعِ ، **(وإنْ / باعَ مُدَّ حِنطَةٍ ومُدَّ شَعيرٍ بمُدَّيْ تمرٍ أو مِلْحٍ جازَ)** لِعَدَمِ اشتِراطِ المماثَلَةِ ٢٦/٢ لاختِلافِ الجِنسِ ، **(وشرَطَ)** فيه **(التقابُضَ قبلَ التفرُّقِ)** هذا مع شُروطِه عُلِمَ مِمَّا مَرَّ أولَ الفصلِ ، وإذْ قد ذَكرَه فليَذكُر اشتِراطَ الحُلُولِ **(ولو باعَ صاعَ بُرٍّ جَيِّدٍ ورَديءٍ مُختلِطًا بمِثلِه جازَ وكذا)** يجوزُ بيعُه **(بجَيِّدٍ أو رَديءٍ إذ التوزيعُ شرطُه التميِيزُ)** ومَحَلُّ ذلك إذا قَلَّتْ حَبَّاتُ الآخَرِ [3] بحَيثُ لو مُيِّزَ لم يظهَر في المِكيالِ ، ولِخَلْطِ أحدِ الجِنسَيْنِ بالآخَرِ ضابطٌ يأتي قَريبًا .

(فرعٌ : وإنْ باعَ حِنطَةً بحِنطَةٍ فيهما أو في أحدِهما زُوانٌ) بضَمِّ الزَّاي حَبٌّ أسْودُ دَقيقٌ **(أو مَدرٌ)** أيْ طينٌ صَغيرٌ ناشِفٌ أو عُقْدَتينِ **(أو شَعيرٌ بحَيثُ لو مُيِّزَ أثَّرَ في النَّقْصِ لم يصِحَّ)** ؛ لأنَّه يأخُذُ بعضَ المِكيالِ بخِلافِ ما لا يُؤَثِّرُ فيه **(ولا يضُرُّ قَليلُ تُرابٍ و)** لا **(دِقاقُ تِبنٍ)** لِدُخولِهما في تضاعيفِ الحِنطَةِ فلا

---

(١) (قوله : ولا نُسَلِّمُ أنَّ الفسادَ هنا لِلهَيْئَةِ الاجتماعيَّة) لِلشيخِ أفضَلُ الدِّينِ في المسألَةِ بَحثٌ حَسَنٌ ، وهو أنَّ البيعَ ينعَقِدُ بالكِنايةِ فإذا قَصَدَ العاقِدُ بَيْعَ كُلِّ جِنسٍ بخلافِه بهذه العِبارَةِ فلَنا أنْ نَمنَعَ البُطْلانَ ا هـ ، ويُؤَيِّدُه تصريحُ الأصحاب بأنَّه إذا نَصَّ في بَيعِه على مُقابَلَةِ المُدِّ بالمُدِّ والدِّرهَمِ بالدِّرهَمِ أنَّه يصِحُّ قاله السُّبكيُّ .

(٢) (قوله : لاختلافِ الصَّفقَة) فُهِمَ منه أنَّ تعَدُّدَ الصَّفقَةِ هنا بتعَدُّدِ البائِعِ أو المُشتري كالاتِّحادِ .

(٣) (قوله : ومَحَلُّ ذلك إذا قَلَّتْ حَبَّاتُ الآخَرِ إلخ) مُقتضَى كلامِهم وتعليلِهم التقييدَ بما ذكرَه كَبعضِ المتأخِّرينَ ، والفرقُ بين مَسألَتنا والمسألَةِ التي بعدَها واضِحٌ وهو أنَّ المُماثَلَةَ موجودَةٌ مع كَثرَةِ كُلٍّ منهما لاتِّحادِ الجِنسِ في مَسألَتنا بخلافِ تلك .

يظهَرانِ في المِكيالِ ، (ويضُرُّ مِثلُه في الوزنِ) لأنَّه يُؤثِّرُ فيه (وإنْ باعَ حِنطَةً بشَعيرٍ وفيهما أو في أحدِهما حبّاتٌ من الآخَرِ) بحَيثُ (لا يقصِدُ إخراجَه) أيْ إخراجَ ما ذُكِرَ من الحبّاتِ (ليُستعمَلَ شعيرًا أو حِنطَةً لم يضُرَّ وإلا ضَرَّ) وإنَّما لم يُعتبَرْ بتأثيرِه في الكيلِ كما مَرَّ نَظيرُه ؛ لِعَدَمِ اعتبارِ المماثَلَةِ لاختِلافِ الجِنسِ ولا بتمَوُّلِه ؛ لأنَّه غيرُ مَقصودٍ ، وإطلاقُهم بُطْلانَ بيعِ الهَرويِّ وهو نَقدٌ فيه ذَهَبٌ وفِضَّةٌ بمِثلِه أو بأحدِ التِبرينِ على الخُلُوصِ قد يُحمَلُ على ما إذا كثُرَ كُلٌّ منهما ، والأوجَه بَقاؤُه على إطلاقِه لأنَّ أحدَهما وإنْ قَلَّ يُؤثِّرُ في الوزنِ بخِلافِ الكيلِ (ويجوزُ بيعُ حِنطَةٍ بشَعيرٍ في سُنبُلِه) لأنَّه مَرئِيٌّ ولا تُعتبَرُ فيه المماثَلَةُ ، وهذا من زيادَتِه وبه صرّحَ في المجمُوعِ .

(فرعٌ) : لو (باعَ دارًا وقد ظَهَرَ بها مَعدِنُ ذَهَبٍ بذَهَبٍ لم يصِحَّ) لِلرِّبا لأنَّ المعدِنَ مع العِلْمِ به مَقصودٌ بالمقابَلَةِ ، وهذِه ذَكَرَها الأصلُ في باب الألفاظِ المطلَقَةِ [١] (فلو ظَهَرَ) بها المعدِنُ (بعدَ الشِّراءِ) جازَ لأنَّ المعدِنَ مع الجهْلِ به تابِعٌ بالإضافةِ إلى مَقصودِ الدّارِ ، فالمقابَلَةُ بين الدّارِ والذّهَب خاصَّةً [٢] ، فإنْ قُلْت لا أثَرَ للجَهْلِ بالمفسِدِ في باب الرِّبا [٣] ، قُلْت : لا أثَرَ له في غيرِ التابِعِ أمَّا التابِعُ فقد يتسامَحُ بجَهْلِه ، والمعدِنُ من توابِعِ الأرضِ كالحملِ يتبَعُ أُمَّه في البيعِ وغيرِه ، واستُشكِلَ جوازُ البيعِ بما سَيأتي من عَدَمِ جوازِ بيعِ ذاتِ لَبَنٍ بذاتِ لَبَنٍ ، وفرَّقَ ابنُ الرِّفعَةِ بأنَّ الشرعَ جَعل اللبَنَ في الضَّرعِ كهو في الإناءِ بخِلافِ المعدِنِ ، ويُفرَّقُ أيضًا بأنَّ ذات اللبَنِ المقصودُ منها اللبَنُ والأرضُ ليس المقصودُ منها المعدِنَ ، (أو اشترى دارًا بدارٍ وفيهما بئرُ ماءٍ [٤] جازَ) لأنَّ الماءَ وإن اعتُبرَ عِلْمُ العاقِدَينِ به تابِعٌ بالإضافةِ إلى مَقصودِ الدّارِ لِعَدَمِ توجُّه القَصدِ إليه غالِبًا بخِلافِ المعدِنِ المعلُومِ ،

---

(١) (قولُه في باب الألفاظِ المُطْلَقَة) عِبارَتُه لا يجوزُ بَيْعُ ما فيه مَعدِنُ ذَهَبٍ بذَهَبٍ من جِهَةِ الرِّبا .

(٢) (قوله : فالمُقابَلَةُ بين الدَّارِ والذَّهَب خاصَّةً) وما في تُخومِ الأرضِ غيرِ مَلموحٍ في المُعاوضَةِ فلا يُعَدُّ مُفسِدًا ، ومِثلُه لو باعَ أرضًا بماءٍ عَذْبٍ فظَهَرَ منها الماءُ العذْبُ بالحفرِ .

(٣) (قوله : لا أثَرَ لِلجَهْلِ بالمُفسِدِ في باب الرِّبا) مَمنوعٌ فإنَّ لِلجَهْلِ أثَرًا في تصحيحِ العقدِ بدَليلِ أنَّه لو باعَ صُبرَةً تحتَها دَكَّةٌ بطَلَ العقدُ إنْ عَلِمَ بها وإن جَهلَ صحَّ ويتخَيَّرُ ، وأيضًا فالإبطالُ إنَّما حَصَلَ في بَيْعِ ما فيه مَعدِنُ الذَّهَب عندَ العِلمِ به لأجلِ مُقابَلَته الذَّهَبَ بالذَّهَب قَصْدًا وهو مَجهولٌ بخلافِ حالَةِ الجهْلِ فإنَّه إنَّما قَصَدَ مُقابَلَةَ الدَّارِ لا غيرُ .

(٤) (قوله : وفيها بئرُ ماءٍ) أي عَذْبٍ فإنْ كان مالِحًا فلا رِبا فيه لأنَّه غيرُ مَشروبٍ .

ولا يُنافي كونَه تابعًا بالإضافةِ كونَه مَقصودًا في نفسِه حتّى يُشترَطَ التعرُّضُ له في البيعِ ليدخُلَ فيه فسيأتي في باب بيعِ الأُصولِ والثِّمارِ أنّه لا يصِحُّ بيعُ دارٍ فيها بئرُ ماءٍ ما لم ينُصَّ على بيعِه لاختِلاطِ الماءِ الموجودِ للبائعِ بما يحدُثُ للمُشتري ، والحاصِلُ أنّه من حَيثُ إنَّه تابعٌ (١) بالإضافةِ اغتُفِرَ من جِهَةِ الرِّبا ، ومن حَيثُ إنَّه مَقصودٌ في نفسِه اعتُبِرَ التعرُّضُ له في البيعِ ليدخُلَ فيه وبهذا سَقَطَ ما قيلَ : إنَّ التابعَ إذا صُرِّحَ به يمنَعُ صِحّةَ البيعِ كالحملِ ولو سُلِّمَ عَدَمُ سُقوطِه به فمَنقوضٌ ببيعِ الخاتمِ وفصِّه وببيعِ الدّارِ ومَرافِقِها المتَّصِلَةِ بها من سُلَّمٍ ونَحوِه ، **(لا)** إن اشترَى **(دارًا مُوَّهَتْ)** أيْ مُوَّهَةً **(بذَهَبٍ)** تمويهًا **(يتحَصَّلُ منه)** شيءٌ (٢) **(بذَهَبٍ)** فلا يصِحُّ لِلرِّبا .

(فصلٌ) : في بَيانِ الحالِ الذي تُعتبَرُ فيه المماثَلَةُ **(تُشترَطُ المماثَلَةُ حالَ الكمالِ)** لِلرِّبَوِيِّ وذلك **(بجَفافِ الثِّمارِ وتنقيةِ الحُبوبِ)** تنقيتُها شرطٌ للمُماثَلَةِ لا للكمالِ ، فالأَولى التعبيرُ بجَفافِ الثِّمارِ والحُبوبِ **(وبَقاءُ الهَيْئَةِ)** فيهما ، وفي غيرِهما بأنْ يكونَ الرِّبَوِيُّ مُتهَيِّئًا لأكثَرِ الانتِفاعاتِ المطلُوبَةِ منه كاللبَنِ أو كونِه بهَيْئَةٍ يتأَتَّى معه ادِّخارُه كالتمرِ بنَواه فقد سُئِلَ رَسولُ الله ﷺ عن بيعِ الرُّطَبِ بالتمرِ فقال : «أينقُصُ الرُّطَبُ إذا يبِسَ قالُوا نعَم قال فلا إذًا» رواه الترمِذيُّ وصحّحه (٣) فيه إشارةٌ إلى أنَّ المماثَلَةَ تُعتبَرُ بالجفافِ (٤) وقيسَ بالرُّطَبِ سائرُ المطعوماتِ الرِّبَوِيَّةِ **(فلا يُباعُ رَطْبُها برَطْبِها)** بفتحِ الرّاءِ فيهما **(مُطلَقًا)** أيْ **(سواءٌ كان لها حالَةُ جَفافٍ)** كتينٍ ومِشمِشٍ وخَوخٍ ورُمّانٍ حامِضٍ وبطِّيخٍ وكُمَّثرى يُفلَقانِ **(أم لا)** كالأمثِلَةِ الآتيةِ في كلامِه للجَهْلِ بالمماثَلَةِ بجَهْلِ قدرِ النَّقصِ .

(ولا) يُباعُ **(رَطْبُها بيابسِها)** لِذلك **(إلا في)** صورَةِ **(العرايا)** لِلرُّخصَةِ فيها ، وسَيأتي بَيانُها ، وفي الحاوي للماورديِّ في بيعِ الطَّلْعِ بالتمرِ ثَلاثَةُ أوجُهٍ : أصَحُّها / ٢٧/٢

---

(١) (قوله : والحاصِلُ أنّه من حيثُ إنَّه تابعٌ إلخ) قال في الأنوارِ : قال المُتولِّي : ولو كان الماءُ في البَلَدِ بحيثُ لو قَصَدَ واحدٌ أنْ يستقِيَ من بئرِ غيرِه لا يمتنِعُ فلا يجْعَل لِلماءِ حُكمًا ويدخُلُ في المبيعِ تبَعًا ، وعلى هذا نَزَلَ قولُهم ولو باعَ دارًا بدارٍ وفيهما بئرانِ صحَّ البيعُ .

(٢) (قوله : يتحَصَّلُ منه شيءٌ إلخ) أمّا إذا لَم يتحَصَّل منه شيءٌ فيصِحُّ .

(٣) الترمذي (٥٢٨/٣) كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ، حديث (١٢٢٥) ، والحديث رواه أبو داود أيضاً (٢٥١/٣) حديث (٣٣٥٩) ، وابن ماجه (٧٦١/٢) حديث (٢٢٦٤) .

(٤) (قوله : فيه إشارَةٌ إلى أنَّ المُماثَلَةَ تُعتبَرُ بالجفافِ) وإلا فالنُّقصانُ أوضَحُ من أن يُسأَلَ عنه .

جوازه في طَلْعِ الذُّكُورِ دون الإناثِ ، قال الإمامُ : قال صاحِبُ التقريب : وبيعُ الزَّيْتونِ بالزيتون جائِزٌ (١) فإنَّه حالَةُ كمالٍ ، وبما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّه لا يجوزُ بيعُ قَصَب السُّكَّرِ بمثلِه ولا بالسُّكَّرِ ، وبه صرَّحَ الأصلُ والذي ليس له حالَةُ جَفافٍ (**كعِنَبٍ لا يتزَبَّبُ ورُطَبٍ لا يتتمَّرُ** (٢) **وما لا يتفلَّقُ من الثِّمارِ والرُّمَّانِ الحُلْوِ ونحوِها**) فإنَّه (**لا يُباعُ بعضُها ببعضٍ**) وهذا لا يُحتاجُ إليه للعِلْمِ به مِمَّا قبله ولا إلى قولِه مُطْلَقًا لِقولِه عَقِبَه سواءٌ إلى آخِرِه على ما في أكثرِ النُّسَخِ .

(**ولا تُباعُ حِنطَةٌ**) مُطْلَقًا (**بحِنطَةٍ مَقْلِيَّةٍ**) لاختِلافِ تأثيرِ النَّارِ فيها (**ولا**) بحِنطَةٍ (**مَبْلُولَةٍ** (٣) **وإنْ جَفَّتْ**) لِتفاوُتِ جَفافِها ومَقْلِيَّةٌ من قُليث ، ويُقالُ مَقْلُوَّةٌ من قَلوت قاله الجوهَرِيُّ ، (**ويُباعُ جَديدٌ منها لا رُطوبَةَ فيه تُؤَثِّرُ في الكيلِ**) أيْ لا يظْهَرُ أثَرُها فيه (**بعَتيقٍ**) بخِلافِ اللحمِ فإنَّه يُشترَطُ تناهي جَفافِه كما سَيأتي ، لأنَّه مَوْزونٌ وبخِلافِ ما فيه رُطوبَةٌ يظْهَرُ أثَرُها في الكيلِ كالفريكِ الذي لم يتِمَّ جَفافُه فهو كالمبلُولِ ، (**ولا تُباعُ**) حِنطَةٌ (**بما يُتَّخَذُ منها**) ولا بما فيه شيءٌ مِمَّا يُتَّخَذُ منها (**كالدّقيقِ والخُبْزِ والفالُوذَجِ وفيه النَّشا ، والمصْلُ وفيه الدّقيقُ**) الأوجَه في الموْضِعَيْنِ قولُه الأصلُ ففيه بالفاءِ إذْ الفالُوذَجُ لا بُدَّ فيه من النَّشا ، والمصْلُ لا بُدَّ فيه من الدّقيقِ ويجوزُ جَعلُ كُلٍّ من الجُملَتيْنِ في كلامِ المصنفِ (٤) حالا لازِمَةً ، (**ولا**) يُباعُ (**بعضُ هذِه**) الأشياءِ (**ببعضٍ**) للجَهْلِ بالمماثَلَةِ لِخُروجِها عن حالِ الكمالِ (**وليستِ النُّخالَةُ ومَسوسُ حِنطَةٍ**) بكسرِ الواوِ (**ذَهَبَ لُبُّها برِبَوِيَّةٍ**) الأنْسَبُ برِبَوِيَّيْنِ فيُباعُ بعضُهما ببعضٍ وبالحِنطَةِ مُتفاضِلا .

(**فرعٌ : قد يكونُ لِلشَّيْءِ حالَتا كمالٍ**) فأكثَرُ (**فالسِّمسِمُ**) بكسرِ السِّينَيْنِ (**ودُهْنُه وكسبُه**) الخالِصُ أيْ كُلٌّ منهما (**كامِلٌ**) فلِلسِّمسِمِ ثَلاثُ حالاتٍ كوْنُه حَبًّا وكوْنُه دُهْنًا وكوْنُه كسبًا (**لا طَحينَتُه**) قبلَ استِخراجِ دُهْنِه ، كما قَيَّدَ به الماوَرْديُّ

---

(١) (قوله : وبَيْعُ الزَّيْتونِ بالزَّيْتونِ جائِزٌ إلخ) لأنَّه جافٌّ وتلك الرُّطوباتُ التي هي فيه إنَّما هي الزَّيْتُ ولا مائِيَّةَ فيه ولو كان فيه مائِيَّةٌ لجَفَّ .

(٢) (قوله : كَعِنَبٍ لا يتزَبَّبُ ورَطْبٍ لا يتتمَّرُ) فلو جَفَّ على خلافِ نُدورٍ جازَ بَيْعُ بعضِه ببعضٍ .

(٣) (قوله : ولا بحِنطَةٍ مَبلولَةٍ) ما فُرِكَ من سُنْبُلَةٍ قبلَ تناهي جَفافِه كالمبلولِ والمُسَوَّسِ من الحبِّ إنْ لَمْ يبقَ فيه لُبٌّ أصلا جازَ بَيْعُ بعضِه ببعضٍ مُتفاضِلا .

(٤) (قوله : ويجوزُ جَعلُ كُلٍّ من الجُملَتيْنِ في كلامِ المُصَنِّفِ حالاً) أشارَ إلى تصحيحِه .

فلا يُباعُ بمِثلِه كما في الدّقيقِ ، وأمّا دُهْنُه وكسْبُه **(فيُباعُ كُلٌّ منهما بمِثلِه وإنْ خالَطَ الدُّهْنَ مِلْحٌ)** أو نَحوُه لأنَّ كُلاًّ منهما كامِلٌ كالسِّمسِمِ كما مَرَّ وخرج بهما الطَّحينَةُ لِما فيها من الخلْطِ فهي كالطَّحينِ بل عَيْنُه على ما فهِمَه الزَّركشيُّ **(ويضُرُّ ما)** أيْ سِمسِمٌ **(رُبِّيَ بالطِّيب)** (١) من وردٍ وبَنفسَجٍ ونَيْلوفرَ ونَحوِها **(دُهْنَه)** بأن استُخْرِجَ منه ثُم طُرِحَتْ فيه أوراقُ الطِّيب فلا يُباعُ بمِثلِه ، لأنَّ اختِلاطَها به يمنَعُ مَعرِفةَ التماثُلِ **(لا)** إنْ رُبي بالطِّيب **(سِمسِمُه)** أيْ سِمسِمُ الدُّهْنِ بأنْ طُرِحَ في الطِّيب ثُم استُخرِجَ منه الدُّهْنُ فلا يضُرُّ فيُباعُ بمِثلِه ، **(والعِنَبُ يكمُلُ زَبيبًا وخَلاًّ** (٢) **وعَصيرًا فيُباعُ)** الزَّبيبُ بمِثلِه ويُباعُ **(العصيرُ)** المستخرَجُ **(من)** كُلٍّ من **(العِنَب والرُّطَب وقَصَب السُّكَّرِ والرُّمَّانِ وسائرِ الفواكِه بمِثلِه ، ويجوزُ بيعُ خَلِّ عَصيري عِنَبٍ ورُطَبٍ بمِثلِهما)** أيْ خَلُّ كُلٍّ منهما بمِثلِه **(كيْلا)** ولفظُ عَصيري من زيادَتِه ولو ترَكه كان أولى **(لا خَلِّ عِنَبٍ بخَلِّ زَبيبٍ ولا خَلِّ تمرٍ بخَلِّ رَطَبٍ)** لأنَّ في أحدِ الطَّرَفيْنِ ماءً فيمنَعُ العِلْمَ بالمماثَلَةِ **(ولا خَلِّ زَبيبٍ بخَلِّ تمرٍ ولا خَلِّ تمرٍ بخَلِّ تمرٍ ولا خَلِّ زَبيبٍ بخَلِّ زَبيبٍ)** لِما فيهما من الماءِ .

(ويُباعُ خَلُّ زَبيبٍ بخَلِّ رُطَبٍ وخَلُّ تمرٍ بخَلِّ عِنَبٍ) لأنَّ الماءَ في أحدِ الطَّرَفيْنِ والمماثَلَةُ بين الخلَّيْنِ غيرُ مُعتبَرَةٍ (٣) لأنَّهما جِنسانِ فعُلِمَ بالأولى أنَّه يُباعُ خَلُّ الرَّطْب بخَلِّ العِنَب إذْ لا ماءَ في واحِدٍ منهما وهما جِنْسانِ .

---

(١) (قولُه : ويضُرُّ ما رُبِّيَ بالطِّيب) الأدهانُ المُطَيِّبةُ كُلُّها مُستخرَجةٌ من السِّمسِمِ ثم إنْ رُبِّيَ السِّمسِمُ فيها ثم استخرَجَ دُهْنَه جازَ بَيْعُ بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلا بناءً على أنَّها أجناسٌ كأُصولِها وإنِ استُخرِجَ الدُّهْنُ ثم طُرِحَتْ أوراقُها فيه لَم يَجُز بَيْعُ بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلا ، لأنَّها جِنسٌ واحدٌ كما ذكرَه الماورديُّ وغيرُه لأنَّ أُصولها الشيرَجُ قال شيخُنا : يُؤخَذُ من قولِه : لأنَّها أجناسٌ أنَّ مَحَلَّ ذلك عندَ اختلافِ الأُصولِ فإذا اتَّحَدَتْ فلا بُدَّ من المُماثَلَةِ .

(٢) (قوله : والعِنَبُ يكمُلُ زَبيبًا وخَلاًّ إلخ) قال السُّبكيُّ : ومِمَّا أجزِمُ به وإنْ لَم أرَه مَنقولا امتناعُ بَيْعِ الزَّبيب بخَلِّ العِنَب وإنْ كانا كامِلَيْنِ ا هـ سيأتي ما يُؤخَذُ منه أنَّ الرَّاجِحَ خلافُه والرُّطَبُ يكْمُلُ تمرًا وخَلاًّ وعَصيرًا ويجوزُ بَيْعُ خَلِّ عَصيرِ عِنَبٍ ورُطَبٍ بمِثلِهما مِثلُهما عَصيرُ قَصَب السُّكَّرِ والرُّمَّانِ . (تنبيهٌ) اعلَم أنَّه يجتمِعُ من مَسائِلِ الخلِّ أحدٌ وعِشرونَ وذلك أن تأخُذَ التمرَ والزَّبيبَ والرُّطَبَ والعِنَبَ والرُّمَّانَ والقصَبَ وكُلُّ واحدٍ من هذه السِّتَّةِ يُتصَوَّرُ بَيْعُ بعضِها ببعضٍ وبَيْعُه بما بعدَه يحصُلُ القدرُ المذكورُ .

(٣) (قولِه : والمُماثَلَةُ بين الخلَّيْنِ غيرُ مُعتبَرَةٍ إلخ) ويجوزُ بَيْعُ كُلٍّ من خَلِّ عَصيرِ الرُّمَّانِ وقَصَب السُّكَّرِ بمِثلِه .

(فرعٌ : ويُباعُ اللبَنُ باللبَنِ كيلا) (١) حتى (حامِضُه بحُلْوِه) ولو رائبًا وخاثِرًا ولا يُبالي بكونِ ما يحويه المِكيالُ من الخاثِرِ أكثرُ وزنًا ؛ لأنَّ العِبرَةَ بالكيلِ كالحِنطَةِ الصُّلْبَةِ بالرَّخوةِ لكنْ لا يُباعُ الحليبُ إلا بعدَ سُكُوتِ رَغوتِه ، ومَحَلُّ ذلك (ما لم يُغلَ بنارٍ) وإلا فلا يجوزُ بيعُه بجِنسِه بخِلافِ المسَخَّنِ بها بلا غَلَيانٍ كما قاله الرُّويانيُّ (ويُباعُ السَّمنُ بالسَّمنِ وزنًا) وقيلَ كيلا وقال البَغَويّ : وزنًا إنْ كان جامِدًا (٢) وكيلا إنْ كان مائِعًا ، قال في الأصلِ : وهو توسُّطٌ بين وجهَينِ (٣) أطلَقَهما العِراقيُّونَ المنصوصُ منهما الوزنُ ولم يُصَحِّحا شَيْئًا لكنَّه في الشرحِ الصَّغيرِ استحسَنَ التوسُّطَ ويُؤَيِّدُه أنَّ / اللبَنَ يُكالُ مع أنَّه مائِعٌ . ٢٨/٢

(و) يُباعُ (المخيضُ بالمخيضِ إنْ لم يُشبهْ) (٤) أيْ كُلاًّ منهما أو أحدَهما (الماءَ) أو نَحوه وإلا فلا يُباعُ بمِثلِه ولا بخالِصٍ للجَهلِ بالمماثَلَةِ (لا الأقِطِ والجُبْنِ والمصْلِ) فلا يُباعُ شيءٌ منها (بمِثلِه) ولا باللبَنِ ولا بسائِرِ ما يُتَّخَذُ من اللبَنِ ؛ لأنَّها لا تخلُو عن مُخالَطَةِ شيءٍ إذ الأقِطُ يُخالِطُه (٥) المِلحُ ، والمصلُ يُخالِطُه الدَّقيقُ كما مَرَّ والجُبْنُ تُخالِطُه الإنفحَةُ (ولا يُباعُ الزُّبْدُ بالزُّبْدِ ولا بالسَّمنِ) ولا باللبَنِ ولا بسائِرِ ما يُتَّخَذُ من اللبَنِ ؛ لأنَّ الزُّبْدَ لا يخلُو عن قَليلِ مَخيضٍ وهو يمنَعُ العِلمَ بالمماثَلَةِ .

(فرعٌ : ولا يُباعُ مَطبوخٌ ولا نَيْءٌ) لِتأثُّرِه بالنَّارِ فيمنَعُ العِلمَ بالمماثَلَةِ ، وإطلاقُه

---

(١) (قولُه ويُباعُ اللَّبَنُ باللَّبَنِ كيلا) مِثلُه كُلُّ مائِعٍ .

(٢) (قوله : وقال البغَويّ وزنًا إنْ كان جامِدًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال الزَّركَشيُّ وينبَغي طَرْدُ ذلك في العسَلِ .

(٣) (قوله : وهو توسُّطٌ بين وجهَينِ إلخ) ويتعَيَّنُ تنزيلُ الوجهَينِ عليه فلا يكونُ في المسألَةِ خلافٌ .

(٤) (قوله : ويُباعُ المخيضُ بالمخيضِ إنْ لَم يُشبه الماءَ) ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ أنَّه إذا كان فيه يسيرٌ لا يكونُ كامِلا وليس كذلك قاله السُّبكيُّ قال : وهَكذا الحليبُ وسائِرُ الألبانِ ا هـ سُئِلت عن اللَّبَنِ واللَّحمِ أيُّهما أفضَلُ فأجَبت بأنَّ اللَّبَنَ أفضَلُ لأوجُهٍ منها «أنَّه ﷺ لَمَّا أخَذَ لَيلَةَ الإسراءِ القدَحَ الذي فيه اللَّبَنُ قال له جِبريلُ : قد أصَبت الفِطرَةَ» وإنَّ منه اللِّبَأَ ولا يعيشُ الولَدُ بدونِه غالِبًا وإنَّ اللَّبَنَ مَنشَأُ الإنسانِ ونحوِه من الحيوانِ وأنَّه ينتَفِعُ به وبفُروعِه من أوجُهٍ كثيرَةٍ ، قال شيخُنا : لكن حَكَى الجلالُ في الجامِعِ الصَّغيرِ عنه ﷺ أنَّه قال «سَيِّدُ إدامِ أهلِ الدُّنيا والآخرَةِ اللَّحمُ» فلَعَلَّ الوالِدَ رحمه الله تعالى لَم يستحضِر ذلك وورَدَ أيضًا عنه عليه الصلاة والسلام «أفضَلُ طعَامِ الدُّنيا والآخرَةِ اللَّحمُ» .

(٥) (قوله : إذ الأقِطُ يُخالِطُه المِلحُ) إنْ كان فيه وإلا فهو مَعروضٌ على النارِ لِلتَّأثيرِ .

يشمَلُ اللحمَ وغيرَه ، والمشويُّ في معنى المطبوخِ ، وصرّحَ به الأصلُ **(ولا لمَعقودِ بالنَّارِ كالسُّكَّرِ والفانيدِ)** وهو عَسَلُ القَصَب المسَمَّى بالمرسَلِ **(واللِّبا)** بالهمزِ والقَصْرِ **(حُكمُ المطبوخِ)** فلا يُباعُ شيءٌ منه بمِثلِه ولا بأصلِه ولا بسائِرِ ما يُتَّخَذُ من أصلِه ، **(وإنَّما يُباعُ اللحمُ باللحمِ)** قَديدًا لأنَّ مُعظَمَ مَنافِعِه بعدَ التقديدِ كالرُّطَب والعِنَب قال في الأصلِ : ويُشترَطُ تناهي جَفافِه بخِلافِ التمرِ أيْ والحِنطَةِ ونَحوِها يُباعُ حديثُ كُلٍّ منها بعدَ جَفافِه بعَتيقِه لأنَّها مَكيلَةٌ ، وباقي الرُّطوبَةِ لا يُؤثِّرُ في الكيلِ بخِلافِه في اللحمِ ، لأنَّه مَوزونٌ **(لا رَطْبًا ولا مَملُوحًا)** الأولى مُملَّحًا **(بمِلحٍ يظهَرُ في الوزنِ)** ولو كان المَمَلَّحُ قَديدًا **(ولا يضُرُّ العرضُ على النَّارِ لِلتَّصفيةِ ولو عَسَلا)** إذ نارُها لَيِّنَةٌ لا تعقِدُ فهي كالشمسِ ، **(ومِعيارُه)** أيِ المعروضُ على النَّارِ لِلتَّصفيةِ **(الوزنُ ولا يُباعُ شَهْدٌ بشَهْدٍ)** لِمَنعِ الشمعِ مَعرِفةَ التماثُلِ **(ولا بعَسَلٍ)** لِلتَّفاضُلِ **(ويُباعُ الشمعُ بهما)** لأنَّه غيرُ رِبَوِيٍّ .

(فرعٌ : ونَزعُ العظمِ من اللحمِ شرطٌ في بيعِه بمِثلِه) ولا يبطُلُ كمالُه بنَزعِ عَظمِه لأنَّه لا يتعلَّقُ ببَقائِه صَلاحٌ ، **(ولا يجوزُ بيعُ تمرٍ نُزِعَ نَواه بمِثلِه)** [1] ولا بغيرِ مَنزوعِه كما صرّحَ به الأصلُ **(لِذَهابِ كمالِه)** ، لأنَّه يُسرِعُ إليه الفسادُ **(ولا يضُرُّ نَزعُه من)** نَحوِ **(خَوخٍ ومِشمِشٍ جُفِّفَ)** لأنَّه الغالِبُ في تجفيفِهما .

(فصلٌ : في مَعرِفةِ الجِنسيَّةِ المَشروطُ فيها التماثُلُ) في بيعِ الشيءِ بجِنسِه **(فلُحومُ الأجناسِ)** كالبَقرِ والإبلِ والغنَمِ **(أجناسٌ)** كأُصولِها فيجوزُ بيعُ لحمِ البَقرِ بلحمِ الضَّأنِ مُتفاضِلا ، **(وكذا ألبانُها وبُيوضُها)** أجناسٌ وبَياضُ البيضِ وصِفارُه جِنسٌ كما قاله المتولِّي والرُّويانيُّ **(والإبلُ بَخاتِيُّها وعِراجُها جِنسٌ)** لِتناوُلِ الإبلِ لهما **(والبَقرُ والجواميسُ)** الأَولى والبَقرُ جواميسُها وعِرابُها **(جِنسٌ)** و **(ليس منها)** أيْ من البَقرِ **(البَقرُ الوحشيُّ لأنَّ الوحشيَّ والإنسيَّ)** من سائِرِ الحيواناتِ **(جِنسانِ والضَّأنُ والمعزُ جِنسٌ)** لِتناوُلِ اسمِ الغنَمِ لهما [2] **(والظَّبيُ والإبلُ)** بضَمِّ الهَمزَةِ وكسرِها وفتحِ التحتيَّةِ المشَدَّدَةِ وهو الوعَلُ بفتحِ الواوِ وكسرِ العينِ : تيسُ الجبَلِ

---

(١) (قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ تمرٍ نُزِعَ نَواه) أي أو زَبيبٍ . و(قوله : نُزِعَ نَواه إلخ) وعُلِمَ منه أنَّه لو فرَضَ تمرٌ وزبيبٌ لا نَوى له صحَّ بَيْعُه بمِثلِه لكمالِه .

(٢) (قوله : لِتناوُلِ اسمِ الغنَمِ لهما) أمَّا لَحمُ المُتولِّدِ بين بَقرٍ وغَنَمٍ مَثلا فهل يُجْعَلُ جِنسًا برأسِه أو يُجْعَلُ مع لَحمِ أبوَيْه كالجِنسِ الواحدِ احتياطًا فيحرُمُ بَيْعُ لَحمِه بلَحمِهما مُتفاضِلا ؟ قال الزَّركَشيُّ : لَم يتعرَّضوا له ويظهَرُ الثاني لِضيقِ باب الرِّبا ز .

ويُقالُ شاتُه (جِنسٌ ، والطُّيورُ أجناسٌ والقُمريُّ والحمامُ ، وكُلُّ) أيْ وسائِرُ (ما عَبَّ وهدرَ جِنسٌ) وقيلَ أجناسٌ ، والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه [١] (والعصافيرُ وإن اختلَفتْ جِنسٌ ، والسُّمُوكُ) المعروفةُ (جِنسٌ ، وبَقَرُ الماءِ وغَنَمُه وغيرُهما) من حَيوانِ البَحرِ (أجناسٌ) كالبَرِّيَّاتِ (والجرادُ ليس بلحمٍ ، والكبدُ والطِّحالُ والقَلْبُ والكِرشُ والرِّئَةُ والمخُّ أجناسٌ) ولو كانتْ من حَيوانٍ واحِدٍ لاختِلافِ أسمائِها وصِفاتِها (وليس الجِلْدُ رِبَوِيًّا فيُباعُ الجِلْدُ بجِلْدَينِ) .

ومَحَلُّه كما يُؤخَذُ من كلامِ الماورديِّ وغيرِه إذا لم يُؤكَلْ غالِبًا بأنْ خَشُنَ وغَلُظَ وإلا فهو رِبَوِيٌّ ، وعليه يُحمَلُ مَنعُهم بيعَه إذا لم يُدْبَغْ بالحيوانِ كما سَيأتي .

(وشَحمُ الظَّهرِ و) شَحمُ (البَطْنِ والسَّنامُ أجناسٌ ، وكذا الرَّأسُ والأكارِعُ) جِنسانِ ، وقولُ الأصلِ : والرَّأسُ والأكارِعُ من جِنسِ اللحمِ قد يُشعِرُ بخِلافِه (والبطِّيخُ) بكسرِ الباءِ أفصَحُ من فتحِها (المعروفُ) وهو الأصفرُ (والهنديُّ) وهو الأخضَرُ (والقِثَّاءُ) والخيارُ (أجناسٌ) لاختِلافِها صورَةً وطَعمًا وطَبعًا . قال في الأصلِ : والتمرُ المعروفُ مع التمرِ الهنديِّ جِنسانِ ، والبُقولُ كهِنْدَبٍ ونُعنُعٍ بضَمِّ النُّونَينِ أجناسٌ ، (والأدهانُ) والأدِقَّةُ والخُلُولُ (أجناسٌ) لكنَّ دُهنَ البانِ والوردِ [٢] والبَنفسَجِ ونَحوِها جِنسٌ واحِدٌ قاله الماورديُّ وغيرُه ، إذْ أصلُها واحِدٌ وهو الشيرَجُ وزَيتُ الزَّيتونِ وزَيتُ الفُجلِ جِنسانِ كما صرّحَ به الأصلُ (ودُهنُ السِّمسِمِ [٣] وكسبُه جِنسانِ كالسَّمنِ ومَخيضِه وعَصيرٍ) أيْ وكعَصيرِ (العِنَبِ وخَلِّه) لإفراطِ التفاوُتِ في الاسمِ والصِّفةِ . والمقصودِ ، فيجوزُ التفاضُلُ / بينهما . ٢٩/٢
قال السُّبكيُّ : وهذا ما رَجَّحَه الإمامُ وتبعَه الشيخانِ [٤] ، وقَضيَّةُ كلامِ ابنِ الصَّبَّاغِ أنَّهما جِنسٌ واحِدٌ فإنَّه جوَّزَ بيعَ أحدِهما بالآخَرِ ، وشَبَّهَه ببيعِ التمرِ الطَّيِّب بغيرِ الطَّيِّب فلا يجوزُ إلا مُتماثِلا ، وهذا هو الأصَحُّ ، ولا يلزَمُ من كونِهما بحالَةِ الكمالِ أنْ يكونا جِنسَينِ وقد صرّحَ الرُّويانيُّ بعَدَمِ جوازِ بيعِ التمرِ بعَصيرِ الرُّطَب وكذا بخَلِّه ، ومِمَّا أجزِمُ به - وإنْ لم أرَه مَنقولا - امتِناعُ بيعِ الزَّبيب بخَلِّ العِنَب وإنْ كانا بحالَةِ

---

(١) (قوله : والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَته) وصحَّحَه في المجموعِ .
(٢) (قوله : لكنَّ دُهنَ البانِ والوردِ إلخ) قال شيخُنا : ومَعلومٌ أنَّه لا يلزَمُ من كونِها جِنسًا جَوازُ بَيعِها بمِثلِها لأنَّه مَنَعَ منه مانِعٌ وهو الجهلُ بالمُماثَلَةِ في صورَةِ تربيةِ الدُّهنِ بالطِّيب .
(٣) (قوله : ودُهنُ السِّمسِمِ) أي أو اللَّوزِ .
(٤) (قوله وتبعَه الشيخانِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

الكمالِ .

قال : وما قاله الإمامُ بعيدٌ ، ويكفي في رَدِّه ما اتَّفقَ عليه الأصحابُ من امتِناعِ بيعِ الرُّطَب بالتمرِ وقد سوَّى هو بينهما (والسُّكَّرُ والفانيذُ جِنْسانِ) لاختِلافِ قَصَبِهما لأنَّ الفانيذَ يُتَّخَذُ من قَصَبٍ قَليلِ الحلاوةِ كأعالي العيدانِ ، والسُّكَّرَ يُطْبَخُ من أسافِلِها وأوساطِها لِشِدَّةِ حَلاوتِها ، وعَسَلُ القَصَب والقَطَّارَةِ جِنْسٌ قاله القاضي أبو الطَّيِّب ، (ثُم السُّكَّرُ على اختِلافِ أنواعِه) من سُكَّرٍ أحمَرَ ونَباتٍ وطَبَرْزَذ ، وهو السُّكَّرُ الأبيضُ (جِنْسٌ) لاتِّحادِ أصلِها وهو القَصَبُ واختِلافُ أسمائِها لاختِلافِ نَوْعِها لا جِنسِها إذِ الكُلُّ سُكَّرٌ .

(فرعٌ : لا يُباعُ الحيوانُ) ولو سَمَكًا أو جَرادًا (بلحمٍ ولو من سَمَكٍ) أو جَرادٍ (فيستوِي فيه الجِنْسُ) كغَنَمٍ بلحمِ غَنَمٍ (وغيرِه) كبَقَرٍ بلحمِ غَنَمٍ (وسواءٌ كان الحيوانُ مَأْكُولا) كما مَثَّلنا (أو غيرَ مَأْكُولٍ) كحِمارٍ وعبدٍ ، لأنَّه ﷺ «نهَى أن تُباعَ الشاةُ باللحمِ» رواه الحاكِمُ والبيهقِيُّ وصحّح إسنادَه [1] «ونهَى عن بيعِ اللحمِ بالحيوانِ» رواه أبو داوُد مُرسَلا [2] والترمِذيُّ مُسْنَدًا .

(ولا) يُباعُ الحيوانُ (بشَحمٍ وكبدٍ ونَحوِهما) كأليةٍ وطِحالٍ وقَلْبٍ ورِئَةٍ ، لأنَّ ذلك في معنى ما ورَدَ (ولا بجِلْدٍ لم يُدْبَغْ) وكان مِمَّا يُؤكَلُ غالِبًا كجِلْدِ سَميطٍ وديباجٍ بخِلافِ ما إذا دُبِغَ أو لم يُؤكَلْ غالِبًا ويجوزُ بيعُ اللبَنِ بالحيوانِ [3] قاله الماورديُّ ، وأمَّا بيعُ السَّمَكِ الحيِّ بمِثلِه فإنْ جوَّزْنا ابتِلاعَه حَيًّا لم يجُزْ وإلا جازَ قاله المتولِّي ، والرَّاجِحُ

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك (٢/٤١) حديث (٢٢٥١) ، والبيهقي في الكبرى (٥/٢٩٦) حديث (١٠٣٤٩) .

(٢) (قولُه رواه أبو داوُد مُرسَلا إلخ) أنكرَ المُزَنيّ على الشافِعِيِّ استدلاله بحَديثِ ابنِ المُسَيِّب بأنَّه لا يقولُ بالمُرسَلِ ، ورَدَّ الأصحابُ عليه من وجهَيْنِ أحدِهما أنَّ الشافِعِيَّ قال : إرسالُ ابنِ المُسَيِّب عندي حَسَنٌ فقيلَ لأنَّ مَراسيله تُتُبِّعَتْ فوُجِدَتْ مَسانيدَ من جِهَةِ غيرِه ، قال السُّبكيُّ : ورَدَّه الخطيبُ بأنَّ فيها ما لَم يوجَد مُسنَدًا من وجهٍ . ثانيهما : وهو الأصحُّ أنَّه لَم يحتجَّ به وحْدَه وإنَّما رَجَّحَ به وقد قال الشافِعِيُّ في الجديدِ : بل إرسالُ ابنِ المُسَيِّب وغيرِه ليس بحُجَّةٍ إلا إذا اعتُضِدَ بأحدِ سَبعَةِ أشياءَ : قِياسٍ ، أو قولِ صحابِيٍّ ، أو فِعلِه ، أو قولِ الأكثرينَ ، أو ينتشِرُ من غيرِ دافِعٍ له ، أو يعمَلُ به أهْلُ العصْرِ ، أو لا يوجَدُ دَلالَةٌ سِواه أي أو مُرسَلٍ آخَرَ أو مُسنَدٍ .

(٣) (قوله : ويجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بالحيوانِ) قاله الماورديُّ سَيأتي قَريبًا في كلامِ المُصَنِّفِ .

خِلافُه كما مَرَّ .

(فرعٌ : لا يُباعُ رِبَوِيٌّ بما استُخرِجَ منه) كما مَرَّتِ الإشارَةُ إليه **(فبيعُ اللبَنِ بالسَّمنِ والسِّمسِمِ بالشيرَجِ وبالكسب باطِلٌ)** كبيعِ الحيوانِ باللحمِ ، فإنْ قيلَ : السِّمسِمُ مَثَلا جِنسٌ برأسِه لا أنَّه دُهنٌ وكسبٌ ، ولهذا جازَ بيعُه بمِثلِه فهَلا جازَ بيعُه بدُهنِه أيضًا . قُلنا : مُجانَسَةُ العِوضَيْنِ في بيعِ السِّمسِمِ بمِثلِه ناجِزَةٌ فلا حاجَةَ إلى اعتِبارِ تفريقِ الأجزاءِ والنَّظَرِ إلى ما يحدُثُ فعُدَّ جِنسًا واحِدًا برأسِه بخِلافِ بيعِ السِّمسِمِ بدُهنِه لا يُمكِنُ جَعلُ الدُّهنِ سِمسِمًا ولا السِّمسِمِ مُخالِفًا لِلدُّهنِ مع اشتِمالِه عليه . فبينهما مُجانَسَةٌ وهي في الدُّهنِيَّةِ فيحتاجُ إلى اعتِبارِها فلا يُعَدُّ جِنسًا واحِدًا ، فأحوجُ إلى التفريقِ نَبَّهَ على ذلك الإمامُ ونَقَله عنه الرَّافعيُّ .

(وكذا لُبُّ الجوْزِ) أيْ بيعُه **(بدُهنِه)** باطِلٌ **(ويُباعُ الجوْزُ بالجوْزِ وزنًا)** لأنَّه أكبَرُ جُرمًا من التمرِ **(واللوْزُ باللوْزِ كيلا)** لأنَّه كالتمرِ لِما مَرَّ **(بقِشرِهِما)** أيْ مع قِشرِهِما ؛ لأنَّ صَلاحَهما يتعَلَّقُ به وسَيأْتي في السَّلمِ عن الإمامِ أنَّ مَحَلَّ جوازِه فيهما وزنًا إذا لم يختلِف قِشرُهما غالِبًا ، فقياسُه أنْ يأْتي ذلك هنا وقد قال به الأذْرَعيُّ بل نُقِلَ عن النَّصِّ المنعُ لاختِلافِ قِشرِهما ، قال : وحَكى الإمامُ الاتِّفاقَ عليه .

(وكذا) يُباعُ **(لُبُّهما بلُبِّهما)** أيْ لُبِّ الجوْزِ بلُبِّ الجوْزِ ولُبُّ اللوْزِ ، بلُبِّ اللوْزِ وهذا ما رَجَّحَه البَغَوِيّ وتبعَه عليه الأصلُ ، قال الأذْرَعيُّ وغيرُه : وهو مُشكِلٌ يمنَعُ بيعَ مَنزوعِ النَّوى بمِثلِه لِبُطْلانِ كمالِه ؛ لأنَّه خرج عن حالَةِ الادِّخارِ ، كما قاله الرَّافعيُّ فالقياسُ فيهما المنعُ ، وبه أجابَ القاضي والمتولِّي والرُّويانيُّ انتهى . ويُفرَّقُ بأنَّ مَنزوعَ النَّوى أسرَعُ فسادًا من لُبِّ الجوْزِ واللوْزِ كما هو مَعلُومٌ **(ويجوزُ بيعُ البيضِ مع قِشرِه بالبيضِ)** كذلك **(وزنًا)** إن اتَّحَدَ الجِنسُ كبيضِ دَجاجٍ بمِثلِه ، وإلا جازَ بيعُه ولو جُزافًا .

(و) يجوزُ بيعُ **(لَبَنِ شاةٍ بشاةٍ حُلِبَ لَبَنُها فإنْ بَقِي فيها لَبَنٌ)** يُقصَدُ حَلْبُه لكثرَتِه **(أو باعَ ذات لَبَنٍ)** مَأْكُولَةٍ **(بذاتِ لَبَنٍ)** كذلك من جِنسِها **(لم يصِحَّ)** (١) لأنَّ اللبَنَ في الضَّرعِ يأْخُذُ قِسطًا من الثمَنِ ، بدَليلِ أنَّه يجِبُ الثمَنُ في مُقابَلَتِه في

---

(١) (قوله : فإنْ بَقِي فيها لَبَنٌ أو باعَ ذات لَبَنٍ لَم يصِحَّ) ينبَغي أن يكونَ موضِعُ المنعِ ما إذا لَم يكُنِ اللَّبَنُ لِلمُشتري فإنْ كان له بأنْ أوصَى لإنسانٍ بلَبَنِ شاةٍ ثم اشتراها الموصَى له ينبَغي أنْ يصِحَّ البيعُ ر .

المصرّاةِ ، أمّا الآدَميّاتُ ذَواتُ اللبَنِ فقد نُقِلَ في البَيانِ عن الشاشيّ الجوازُ فيها ، وفُرِّقَ بأنَّ لَبَنَ الشاةِ في الضَّرعِ له حُكمُ العينِ ولهذا لا يجوزُ عَقْدُ الإجارَةِ عليه بخِلافِ لَبَنِ الآدَميَّةِ ، فإنَّ له حُكمَ المنفعَةِ ولهذا يجوزُ عَقدُ الإجارَةِ عليه[1]، (**ولو باعَ لَبَنَ بَقَرَةٍ بشاةٍ في ضَرعِها لَبَنٌ صَحَّ**) لاختِلافِ الجِنسِ كما مَرَّ أمّا بيعُ ذاتِ لَبَنٍ بغيرِ ذاتِ لَبَنٍ فصَحيحٌ .

(**وبيعُ بيضٍ بدَجاجَةٍ كبيعِ لَبَنٍ بشاةٍ**) فإنْ كان في الدّجاجَةِ بيضٌ ، والبيضُ المبيعُ بيضُ دَجاجَةٍ لم يصِحَّ وإلا صَحَّ ، وبيعُ دَجاجَةٍ فيها بيضٌ بدَجاجَةٍ كذلك باطِلٌ كبيعِ ذاتِ لَبَنٍ بمِثلِها ، وهو ما في التحريرِ للجُرجانيّ عن البَحرِ . قال البُلْقينيُّ : لكنَّ الذي رَأيته في البَحرِ قُبيلَ باب بيعِ اللحمِ باللحمِ صِحَّتُه / بخِلافِ ٢/٣٠
بيعِ لَبونٍ بلَبونٍ انتهى . وعليه يُفرَّقُ بسُهولَةِ أخذِ اللبَنِ فهو كالمنفصِلِ بخِلافِ البيضِ ؛ لكنَّ هذا الفرقَ يقتضي صِحَّةَ بيعِ بيضِ دَجاجَةٍ بدَجاجَةٍ فيها بيضٌ وقد تقَدَّمَ خِلافُه .

* * *

(١) (قوله : ولهذا يجوزُ عَقدُ الإجارَةِ عليه) وعلى هذا لو باعَ لَبَنَ آدَميَّةٍ بلَبَنِ آدَميَّةٍ مُنفصِلٍ لَم يصِحَّ لأنَّهما صارا عَينَيْنِ ر .

(بابُ البُيُوعِ المَنْهِيِّ عنها)

(ومُقْتَضَى النَّهْيِ الفسادُ ، وقد يُحكَمُ معه بصِحَّةِ [(١)] البيعِ لكونِه ليس لِخُصوصيَّةِ البيعِ بل لأمرٍ آخَرَ [(٢)] ، فالقِسمُ الأولُ المفسِدُ كالنَّهْيِ عن بيعِ اللحمِ بالحيوانِ) كما مَرَّ ، وحاصِلُ كلامِه أنَّه قَسَّمَ النَّهْيَ قِسمَيْنِ ، ويُناسِبُه تمثيلُه بالنَّهْيِ عن بيعِ ما ذُكِرَ وعليه فيُقَدَّرُ النَّهْيُ في بَقيَّةِ الأمثِلَةِ ، وحاصِلُ كلامِ الأصلِ أنَّه قَسَّمَ المَنهِيَّ عنه قِسمَيْنِ ، ولِهذا مَثَّله ببيعِ ما ذَكَرَ لا بالنَّهْيِ عنه وكُلٌّ صَحيحٌ (وكبيعِ ما لم يُقْبَض ، و) بيعِ (الطَّعامِ حتّى يَجْري فيه الصَّاعانِ ، و) بيعِ (الكالِئِ بالكالِئِ) وسَيأْتي بَيانُها . (و) بيعِ (مالِ الغيْرِ) «لِلنَّهْيِ عنه» رواه التِرمِذيُّ وحَسَّنَه «وبيعُ ما ليس عِندَه» لِلنَّهْيِ عنه رواه التِرمِذيُّ وقال حَسَنٌ صَحيحٌ (وهو بيعُ الغائِبِ أو ما سَيملِكُه) أيْ ما لا يملِكُه ليشتريه فيُسَلِّمَه (وبيعُ الكلْبِ والخِنْزيرِ) لِما مَرَّ في شرطِ طَهارَةِ المبيعِ (وبيعُ عَسْبِ الفحلِ واستِئْجارُه لِلضِّراب) لأنَّه ﷺ «نَهَى عن عَسْبِ الفحلِ» رواه البُخاريُّ [(٣)] وهو بفتحِ العينِ وسُكُونِ السِّينِ المُهْمَلَتيْنِ : ضِرابُه ، ويُقالُ ماؤُه ويُقالُ أُجْرَةُ ضِرابِه ، وعلى الأولَيْنِ يُقَدَّرُ في الخَبَرِ مُضافٌ ليصِحَّ النَّهْيُ [(٤)] أيْ نَهَى عن بَذْلِ عَسْبِ الفحلِ من أُجرَةِ ضِرابِه أو ثَمَنِ مائِه أيْ بَذْلَ ذلك وأخذه ، والمعنَى فيه أنَّ ماءَ الفحلِ ليس بمُتَقَوَّمٍ ولا مَعلُومٍ ولا مَقْدورٍ على تسليمِه ، وضِرابُه - لِتعَلُّقِه باختيارِه - غيرُ مَقْدورٍ عليه للمالِكِ [(٥)] .

(فإنْ أهْدَى له) أيْ لِمالِكِه (صاحِبُ الأُنثَى) شَيْئًا (جازَ) قال الرَّافعيُّ : وإعارَةُ الفحلِ لِلضِّراب مَحبوبَةٌ .

---

(١) (قوله : وقد يُحكَمُ بالصِّحَّةِ معه إلخ) قال الزَّرْكَشيُّ ، ويُستثنَى من القِسمِ الثاني مَسأَلَتانِ يبطُلُ البيعُ فيهما مع وُجودِ النهيِ لأمرٍ آخَرَ ، وهما التفريقُ بين الأُمِّ وولَدِها بالبيعِ ونحوِه وبَيْعِ السِّلاحِ من أهلِ الحرب اهـ . ويُجابُ بأنَّ بُطلانَه فيهما إنَّما هو لِخُصوصيَّةٍ وهو عَدَمُ القُدرَةِ على التسليمِ شرعًا (منه) .

(٢) (قوله : لأمرٍ آخَرَ) أي خارِجٍ عنه غيرِ لازِمٍ له .

(٣) البخاري ، كتاب الإجارة ، باب عسب الفحل ، حديث (٢٢٨٤) .

(٤) (قوله : لِيصِحَّ النهيُ) إذ العسبُ لا يتعَلَّقُ به النهيُ لأنَّه ليس من أفعالِ المكلَّفينَ .

(٥) (قوله : غيرُ مَقدورٍ عليه لِلمالِكِ) وفارَقَ جَوازَ الاستئجارِ لِتلقِيحِ النخلِ بأنَّ الأجيرَ قادِرٌ على تسليمِ نفسِه وليس عليه عَيْنٌ حتى لو شَرَطَ عليه ما يُلَقَّحُ به فسَدَت الإجارَةُ ، وهَهنا المقصودُ الماءُ والمُؤَجِّرُ عاجِزٌ عن تسليمِه .

(**وبيعُ حَبَلِ الحبَلَةِ**) [١] بفتحِ المهمَلَةِ والموحَّدَةِ لِلنَّهْيِ عنه رواه الشيخانِ [٢] (**وهو البيعُ بثَمَنٍ إلى نِتاجِ النِّتاجِ**) أيْ إلى أنْ تلِدَ هذِه الدّابَّةُ ويلِدَ ولَدُها فولَدَ ولَدُها نِتاجُ النِّتاجِ وهو بكسرِ النُّونِ [٣] من تسميةِ المفعولِ بالمصدرِ يُقالُ نُتِجَتِ النَّاقَةُ بالبناءِ للمَفعولِ نِتاجًا : أيْ ولَدَتْ ، (**أو بيعُ ولَدِ ما تلِدُه**) الدّابَّةُ المفهومَةُ من كلامِه ، وبُطْلانُ البيعِ على التفسيرِ الأولِ ؛ لأنَّه إلى أجَلٍ مجْهولٍ ، وعلى الثّاني لأنَّه بيعُ ما ليس بمَملُوكٍ ولا مَعلُومٍ ولا مَقْدورٍ على تسليمِه ، (**وبيعُ الملاقيحِ وهو**) بيعُ (**ما في بُطونِ الأمَّهاتِ**) [٤] من الأجِنَّةِ (**وبيعُ المضامينِ ، وهو**) بيعُ (**ما في الأصلابِ**) للفُحولِ من الماءِ لِلنَّهْيِ عنهما رواه مالِكٌ والبَزَّارُ [٥] ، والملاقيحُ : جَمْعُ مُلْقوحَةٍ ، وهي الجنينُ والنَّاقَةُ الحامِلُ لاقِحٌ ، والمضامينُ جَمْعُ مَضْمُونٍ بمعنى مُتضَمَّنٍ ومنه قولُهم مَضمُونُ الكِتاب كذا وكذا ، وبُطْلانُ البيعِ فيهما من حَيثُ المعنَى لِما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ .

(**وبيعُ الملامَسَةِ**) لِلنَّهْيِ عنه رواه الشيخانِ [٦] (**وهو أنْ يُكتفى باللمسِ عن النَّظَرِ ولا خيارَ**) بعدَه بأنْ يلمِسَ ثَوْبًا لم يرَه [٧] ثُمَّ يشتريه على أنْ لا خيارَ له إذا رَآه (**أو يجْعَل اللمسَ بيعًا**) بأنْ يقولَ إذا لمَسْته فقد بعتُكه بكذا اكتِفاءً بلمسِه عن

---

(١) (قوله : وبَيْعُ حَبَلِ الحبَلَةِ) فيه مجَازٌ من وجهَيْنِ : أحدِهما : إطْلاقِ الحبَلِ على البهائِمِ مع أنَّه مُختصٌّ بالآدَميَّات . الثاني : أنَّه مَصْدرٌ أُريدَ به اسمُ المفعولِ .

(٢) البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الغرر وحبل الحبلة ، حديث (٢١٤٣) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع حبل الحبلة ، حديث (١٥١٤) ، كلاهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) (قوله : وهو بكَسرِ النُّونِ كذا ضَبَطَه النوويُّ والمشهورُ أنَّه بفتحِ النُّونِ .

(٤) (قوله : وهو ما في بُطونِ الأُمَّهاتِ من الأجِنَّة) ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ أنَّ الملاقِيحَ اسمٌ لِما في بُطونِ الإبلِ وغيرِها ، وهو ما قاله الأزهَريُّ وصاحِبُ المُجْمَلِ وقال الجوهَريُّ : هو ما في بُطونِ الإبلِ خاصَّةً ز .

(٥) انظر موطأ مالك (٢/٦٥٤) .

(٦) البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الملامسة ، حديث (٢١٤٤) عن أبي سعيد الخدري مرفوعًا ، ورواه برقم (٢١٤٦) باب بيع المنابذة ، عن أبي هريرة مرفوعًا ، ورواه مسلم أيضًا ، كتاب البيوع ، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، حديث (١٥١١) .

(٧) (قوله : بأنْ يلمِسَ ثوبًا لَم يرَه) بضَمِّ الميمِ وكَسرِها كما قاله النوويُّ في تهذيبه ، وما أُشتُهِرَ على الألسِنَةِ من الفتحِ فلا وجهَ له ؛ لأنَّها في الماضي مَفتوحةٌ ولا حَرفُ حَلقٍ ر .

الصِّيغَةِ (أو قاطِعًا للخيارِ) بأنْ يبيعَه شَيْئًا على أنَّه مَتى لَمَسَه لَزِمَ البيعُ وانقَطَعَ خيارُ المجلِسِ وغيرُه .

(وبيعُ المنابَذَةِ) لِلنَّهْيِ عنه رواه الشيخانِ [١] (وهو أن يجعَل نَبْذَ المبيعِ بيعًا أو قاطِعًا للخيارِ) بأنْ يقولَ : أنبذُ إليك ثَوْبي [٢] هذا بِمائَةٍ ، فيأخُذُه الآخَرُ أو يقولُ بعتُكه بكذا على أنِّي إذا نَبَذْته إليك لَزِمَ البيعُ وانقَطَعَ الخيارُ ، والبُطْلانُ في هذا والذي قبله لِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ أو الصِّيغَةِ أو لِلشَّرطِ الفاسِدِ .

(وبيعُ الحصاةِ) لِلنَّهْيِ عنه رواه مُسْلِمٌ [٣] (وهو بيعُ ما تُصيبُه الحصاةُ) بأنْ يقولَ بعتُك من هذِه الأثوابِ ما تقَعُ هذِه الحصاةُ عليه . (أو بيعُ مَدَى) أيْ غايةُ (رَمْيَةٍ من الأرضِ) بأنْ يقولَ بعتُك من هذِه الأرضِ من هنا إلى ما انتهَتْ إليه هذِه الحصاةُ (أو يجعَل الرَّمْي بيعًا أو قاطِعًا للخيارِ) بأنْ يقولَ إذا رَمَيْت هذا الثَّوْبَ فقد بعتُكه بكذا أو يقولَ بعتُكه على أنَّك بالخيارِ إلى أن أرمي الحصاةَ ، والبُطْلانُ في ذلك للجَهْلِ بالمبيعِ أو بزَمَنِ الخيارِ أو لِعَدَمِ الصِّيغَةِ .

(وبيعَتيْنِ في بيعَةٍ) لِلنَّهْيِ عنهما رواه التِرمِذيُّ وقال : حَسَنٌ صَحيحٌ [٤] (وهو أنْ يبيعَه العبدَ) مَثَلا (على أنْ يشتري منه) أيضًا الثوبَ مَثَلا (أو) على أنْ (يبيعَه الآخَرُ الثَّوْبَ أو) أنْ (يبيعَه إيَّاه) أيِ العبدَ (بألفٍ نَقْدًا أو بألفيْنِ نَسيئَةً) ليأخُذَ بأيِّهما شاءَ هو أو البائِعُ ، والبُطْلانُ في ذلك لِلشَّرطِ الفاسِدِ في الأولَيْنِ وللجَهْلِ / بالعِوَضِ في الثَّالِثِ ، (فإنْ باعَه بألفٍ نَقْدًا وبألفيْنِ نَسيئَةً ٣١/٢
أو) باعَ (نِصْفه بألفٍ ونِصْفه بألفيْنِ صَحَّ لا إنْ قال بعتُكه بألفٍ نِصْفه بسِتِّمِائَةٍ) فلا يصِحُّ [٥] لأنَّ أولَ كلامِه يقتضي توزيعَ الثَّمَنِ على المثَمَّنِ بالسَّوِيَّةِ وآخِرَه يُناقِضُه.

---

(١) انظر الحديث السابق .

(٢) (قوله : بأن يقولَ أنبذُ إليك ثوبي هذا إلخ) أو أيِّ ثوبٍ نَبَذْته إليك فهو مَبيعٌ منك بعَشَرَةٍ .

(٣) مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ، حديث (١٥١٣) .

(٤) الترمذي (٥٣٣/٣) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ، حديث (١٢٣١) ، ورواه النسائي (٢٩٥/٧) حديث (٤٦٣٢) ، كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٥) (قوله : فلا يصِحُّ) قال شيخُنا : وإنْ قال بعدَه ونِصْفها بأربَعِمِائَةٍ كما اقتضاه إطْلاقُهم خلافًا لِما في العُباب .

(فرعٌ) : لو قال بعتُك الدَّارَ بألفٍ على أنَّ لي نِصْفها صحَّ كما لو قال بعتُكها إلا نِصْفها .

(وبيعُ المحاقَلَةِ والمزابَنَةِ وسَيأْتي) بَيانُهما في باب الأُصولِ والثِّمارِ .

(وبيعُ المَجْرِ) لِلنَّهيِ عنه رواه البيهقيُّ [١] (وهو) بفتحِ الميمِ وإسكانِ الجيمِ وبالرَّاءِ بيعُ (ما في الرَّحِمِ) من الأجِنَّةِ فيرجِعُ ذلك إلى بيعِ الملاقيحِ (وقيلَ هو الرِّبا وقيلَ) هو (المحاقَلَةُ) والمزابَنَةُ .

(وبيعُ السِّنينَ) لِلنَّهيِ عنه رواه مُسْلِمٌ [٢] (وهو بيعُ ثَمَرَةِ النَّخلِ سِنينَ أو تحديدُ البيعِ كبعتُك) هذا (سَنَتينِ فإذا انقَضَتا فلا بيعَ) بيننا والبُطْلانُ فيه لِعَدَمِ البيعِ ولِلتَّأْقيتِ .

(وبيعُ العُربونِ) بفتحِ العينِ والرَّاءِ وبضَمِّ العينِ وإسكانِ الرَّاءِ لِما روى أبو داوُد أنَّه ﷺ «نَهى عن بيعِ العُربانِ [٣]» أيْ بضَمِّ العينِ وإسكانِ الرَّاءِ لُغَةٌ ثالِثَةٌ (وهو أنْ يُعطيه بعضَ الثَّمَنِ فإنْ فُسِخَ كان هبَةً) عِبارَةُ الأصلِ وهو أنْ يشتري سِلْعَةً من غيرِه ويدفعَ إليه دراهمَ لِتكونَ من الثَّمَنِ إنْ رَضيَ السِّلْعَةَ وإلا فهِبَةٌ له ، قال : ويُفسَّرُ أيضًا بأنْ يدفعَ دراهمَ لِمَنْ يصنَعُ له شَيْئًا على أنَّه إنْ رَضيه فهي من الثَّمَنِ وإلا فهِبَةٌ له والبُطْلانُ فيه لاشتِمالِه على شرطِ الهبَةِ [٤] ، (وبيعُ الثِّمارِ قبلَ أنْ تنجو من العاهَةِ) كما سَيأْتي في باب الأُصولِ والثِّمارِ .

(وبيعُ أهْلِ الحرب السِّلاحَ) [٥] لأنَّهم يستعينُونَ به على قِتالِنا [٦] بخِلافِ أهْلِ

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٣٤١/٥) حديث (١٠٦٤٧) .

(٢) مسلم ، كتاب البيوع ، باب كراء الأرض ، حديث (١٥٣٦) بإسناده عن جابر قال : نهى النبي ﷺ عن بيع السنين ، وفي رواية «عن بيع الثمر سنين» .

(٣) ضعيف : رواه أبو داود (٢٨٣/٣) كتاب البيوع ، باب في العربان ، حديث (٣٥٠٢) . وابن ماجه (٧٣٩/٢) حديث (٢١٩٢) كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان» .

(٤) (قوله : لاشتمالِه على شرط الهبة) وشرطِ الرَّدِّ على تقديرِ أنْ لا يرضَى .

(٥) (قوله : وبَيْعُ أهْلِ الحرب السِّلاحَ) الخيْلُ كالسِّلاحِ ويرِدُ على مَفْهومِه بَيْعُ ذلك من الذِّمِّيِّ في دارِ الحرب فإنَّه كالحربيِّ ع ، ولو دَخَلَ الحربيُّ دارَ الإسلامِ بأمانٍ في رِسالَةٍ أو تجارَةٍ وخاف البُغاةَ أو القُطَّاعَ فله أنْ يشتري السَّيْفَ الواحدَ والسِّكِّينَ الواحدَةَ ليدفعَ به الضَّرَرَ عن نفسِه ومالِه ، فإنَّه من زادِ المُسافِرينَ ، قاله في الاستقصاءِ .

(٦) (قوله : لأنَّهم يستعينونَ به على قِتالِنا) عُلِمَ من التعليلِ أنَّ المُرادَ بالسِّلاحِ كُلُّ ما يستعينونَ به على قِتالِنا كما قاله بعضُهم .

الذِّمَّةِ فإنَّهم في قبضَتِنا (١) قال في المهمَّاتِ : والمتَّجه عَدَمُ صِحَّةِ (٢) بيعِه لِلدَّاخِلِ بأمانٍ ، لأنَّ الأصلَ إمساكُه عِندَه إلى عَوْدِه ، ولأنَّ الأمانَ عارِضٌ يزولُ (إلا الحديدَ) فيجوزُ بيعُه لهم لأنَّه لا يتعَيَّنُ جَعلُه سِلاحًا .

فإنْ عَلِمَ منهم أنَّهم يفعَلُونَه سِلاحًا (٣) فينبَغي أن يكونَ بيعُه منهم كبيعِ العِنَب مِمَّن يتَّخِذُه خَمرًا وسَيأتي .

(وبيعُ العِنَب قبلَ أنْ يسودَّ والحبِّ قبلَ أنْ يشتدَّ) كما سَيأتي في باب الأُصولِ والثِّمارِ ولو ذُكِرَ هنا كالأصلِ مَقرونًا بذِكرِ بيعِ الثِّمارِ قبلَ أن تنجو من العاهَةِ كان أنسَبَ .

(ويجوزُ بيعِ الهرَّةِ) الأهْلِيَّةِ (والنَّهْيُ) عن ثَمَنِ الهِرَّةِ كما في مُسلِمٍ (٤) (مُتأوَّلٌ) أيْ مَحمُولٌ (على الوحشيَّةِ) إذ ليس فيها مَنفعَةُ استِئْناسٍ ولا غيرِه (أو الكراهَةُ) فيه (لِلتَّنزيه) قال في الرَّوْضَةِ : والمقصودُ أنَّ النَّاسَ يتسامَحونَ به ، (والنَّهْيُ) أيْ وكالنَّهي (عن بيعٍ وسَلَفٍ) رواه أبو داوُد وغيرُه (٥) (وهو البيعُ بشرطِ القَرضِ ، و) كالنَّهي (عن بيعٍ وشرطٍ) رواه عبدُ الحقِّ في أحكامِه ، وجَعل في المنهاجِ كأَصْلِه

---

(١) (قوله : فإنَّهم في قبضَتنا) نَعَم لو غَلَبَ على الظَّنِّ أنَّهم يشترونَه مِنَّا ويدُسُّونَه لأهْلِ الحرب فالظَّاهرُ تحريمُه ع وقال الأذْرَعيُّ : يجِبُ الجزمُ بالمنعِ .

(٢) (قوله : قال في المهمَّات والمتَّجه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه : وقال الأذْرَعيُّ إنه الظَّاهرُ واعترَضَه ابنُ العِمادِ بأنَّ هذا اتِّجاهٌ لا وجهَ له لأنَّه لا يمنَعُ من شِراءِ السِّلاحِ في مُدَّةِ إقامَتِه عندَنا لِلتِّجارَةِ والقِتالُ كَدَفعِ الصَّائِلِ وقاطِعِ الطَّريقِ ونحوه ، وإذا أرادَ الرُّجوعَ إلى وطَنِه أُمِرَ ببَيْعِه ولا يُمَكَّنُ من حَمْلِه معه فهذا هو الموافِقُ لِلقَواعِدِ ا هـ ز .

(٣) (قوله : فإنْ عَلِمَ منهم أنَّهم يفعَلونَه سِلاحًا إلخ) قال الأذْرَعيُّ : وما أحسَنَ قولَ بعضِ الأصحاب لا يجوزُ أن يُباعَ منهم كُلُّ ما يستعينونَ به على قِتالِنا .

(٤) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم ثمن الكلب وحلواني الكاهن ، ومهر البغي ، والنهي عن بيع السنور ، حديث (١٥٦٩) بإسناده عن أبي الزبير قال : سألت جابرًا عن ثمن الكلب والسنور ، فقال : زجر النبي ﷺ عن ذلك . ورواه أبو داود (٢٧٨/٣) حديث (٣٤٧٩) بلفظ : «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور» .

(٥) حسن صحيح : رواه أبو داود (٢٨٣/٣) كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، حديث (٣٥٠٤) بإسناده عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يحل سلف وبيع ...» الحديث ، ورواه الترمذي (٥٣٥/٣) حديث (١٢٣٤) والنسائي (٢٩٥/٧) حديث (٤٦١١) وابن ماجه (٧٣٧/٢) حديث (٢١٨٨) .

البيعَ بشرطِ القَرضِ من أمثِلَةِ البيعِ بشرطٍ وهو الأوجَه ، وعِبارَتُه وعن بيعٍ وشرطٍ كبيعٍ أو قَرضٍ انتهى . وذلك كأنْ يبيعَه عبدَه بألفٍ بشرطِ أنْ يُقرِضَه مِائَةً أو يبيعَه دارًا مَثَلا ، والمعنَى في ذلك أنَّه جَعل الألف ورِفقَ العقدِ الثاني ثمَنًا ، واشتِراطُ العقْدِ الثّاني فاسِدٌ فبَطَلَ بعضُ الثمَنِ وليس له قيمَةٌ مَعلُومَةٌ حتّى يفرِضَ التوزيعَ عليه وعلى الباقي ، فبَطَلَ البيعُ .

(**فصلٌ : الشرطُ إن اقْتضاه العقْدُ**) كالقبضِ والرَّدِّ بعَيْبٍ (**فوُجودُه**) فيه (**كعَدَمِه**) فيصِحُّ معه العقْدُ ، لأنَّ اشتِراطَه تأكيدٌ وتنبيهٌ على ما أوجَبَه الشارِعُ (**وكذا إنْ لم يكنْ فيه غرَضٌ**) وإنْ لم يقتضِه العقْدُ (**كشرطِ أنْ يُلْبِسَه**) أيِ المبيعَ (**الحريرَ أو يُطْعِمَه الهَريسَةَ**) لأنَّ ذِكرَه لا يُورِثُ تنازُعًا غالِبًا ، وبه جَزَمَ في المنهاجِ كأَصْلِه وقال في المجمُوعِ إنَّه المذهَبُ (١) ونَقَله الأصلُ عن الإمامِ والغزاليِّ ثُم قال : لكنْ في التتِمَّةِ أنَّه لو شرَطَ إلزامَ ما ليس بلازِمٍ كما لو باعَ بشرطِ أنْ يُصَلِّي التَّوافِلَ أو يصومَ شَهرًا غيرَ رَمَضانَ أو يُصَلِّي الفرائِضَ في أولِ أوقاتِها فسَدَ العقْدُ ، لأنَّه إلزامُ ما ليس بلازِمٍ ، قال : وقَضيَّتُه فسادُ العقْدِ في مَسألَةِ الهَريسَةِ والحريرِ (٢) قال الإسنَويُّ : ومُقتضاه أنَّه لم يجِدْ تصريحًا بالبُطْلانِ وإنَّما يُؤخَذُ من مُقتضَى كلامِ التتِمَّةِ ، وهو عَجيبٌ ، فقد نَصَّ عليه الشافعيُّ في الأُمِّ فقال : وإذا باعَه العبدَ على أنْ لا يبيعَه من فُلانٍ أو على أنْ يبيعَه منه أو على أنْ لا يستخدِمَه أو على أنْ يُنفِقَ عليه كذا وكذا فالبيعُ فاسِدٌ ، فتلَخَّصَ أنَّ مَذهَبَ الشافعيِّ في اشتِراطِ ما لا غرَضَ / فيه البُطْلانُ ، وأنَّ الرَّافعيَّ لم يطَّلِع فيه إلا على كلامِ بعضِ المتأخِّرينَ المعدودينَ ٣٢/٢
في المُصَنِّفِينَ لا في أصحاب الوُجوه .

قال : وقد اختارَ ابنُ الصَّلاحِ وابنُ الرِّفعَةِ (٣) لا يأكُلُ إلا الهَريسَةَ أنَّه يُقرَأُ بتاءِ الخِطاب فإنَّه حينَئِذٍ لا غرَضَ فيه أصلاً بخِلافِ ما إذا قُرِئَ بالياءِ آخِرَ الحُروفِ فقد يُتخَيَّلُ الإفسادُ ، لأنَّه ينفعُ العبدَ كالإعتاقِ (٤) وما قالاه بعيدٌ عن السِّياقِ لكنَّه

---

(١) (قوله : وقال في المجموعِ : إنه المذهَبُ) وذكرَ ابنُ الرِّفعَةِ أنَّ الشاشيَّ في الحِليةِ حَكاه عن الأصحاب .

(٢) (قوله : قال وقَضيَّتُه فسادُ العقدِ في مَسألَةِ الهَريسَةِ والحريرِ) قال الزَّركَشيُّ : وليس كما قال لأنَّ ذلك يُؤدِّي إلى ضعفِ العبدِ عن الخدمَةِ فأشبَهَ ما لو شَرَطَ عليه الصَّومَ .

(٣) (قوله : ابنُ الصَّلاحِ وابنُ الرِّفعَة) أي وابنُ الأُستاذ وغيرُهم ز .

(٤) (قوله : لأنَّه ينفعُ العبدَ كالإعتاقِ) في الحِليةِ لِلشَّاشيِّ قال أصحابُنا : إذا كان ....=

صَحيحٌ نَقلا كما بيَّنته ، وأجابَ عن ذلك الزَّركشيُّ بأنَّ ما في التتِمَّةِ محَلُّه فيما لا يلزَمُ السَّيِّدَ أصلاً ، ومَسألَتُنا محَلُّها فيما يلزَمُه في الجُملَةِ إذ نَفقَةُ الرَّقيقِ مُقَدَّرَةٌ بالكِفايةِ ، وقد شُرِطَ عليه أداؤُها من أحدِ الأنواعِ التي تتأدَّى هي ببعضِها فيصِحُّ ولا يلزَمُ الوفاءُ به لأنَّ الواجِبَ أحدُها فأشبَهَ خِصالَ الكفَّارَةِ لا يتعَيَّنُ أحدُها بالتعيِينِ ، قال : وأمَّا قولُه في الأُمِّ على أنْ يُنفِقَ عليه كذا وكذا ففيه إشارَةٌ إلى التقديرِ بقدرٍ مَعلُومٍ وإلى أنَّه يجْمَعُ له بين أدَمَينِ أو نَوعَينِ من الأطعِمَةِ ، وذلك لا يلزَمُ السَّيِّدَ ، فإذا شرَطَ فقد شرَطَ ما لا يلزَمُه ، وهو مُخالِفٌ لِمُقتضَى العقدِ [1] فأبطلَه ، قال : وفي التمثيلِ بلُبسِ الحريرِ نَظَرٌ لأنَّه مُحَرَّمٌ شرعًا إنْ كان العبدُ بالِغًا فينبَغي أنْ لا يصِحَّ البيعُ كما لو باعَ سَيفًا وشرَطَ أنْ يقطَعَ به الطَّريقَ [2] .

(وإنْ كان فيه غَرَضٌ لا يقتضيه العقدُ [3] نظَرت فإنْ كان من مَصلحَةِ العقدِ لم يُبطِلْه ولَزِمَ سواءٌ نَفعَ المشتري) ككونِ المبيعِ كاتِبًا **(أو البائعَ)** كرَهنٍ بالثمَنِ **(أو كِلَيهما)** كالخيارِ كما سَيأتي بَيانُها **(وإنْ لم يكنْ من مَصلحَةِ العقدِ كاستِثناءِ سُكنَى الدّارِ شَهرًا [4] ونَحوه ففاسِدٌ يُفسِدُ البيعَ)** لِلنَّهيِ عن بيعٍ وشرطٍ كما مَرَّ ، وظاهرُه امتِناعُ كُلِّ شرطٍ ، لكنْ فُهِمَ منه أنَّ المعنَى فيه تأديتُه إلى بَقاءِ علقَةٍ بعدَ العقدِ قد يثورُ بسَبَبِها نِزاعٌ بين العاقِدَينِ ، وقد يُفضي إلى فواتِ مَقصودِ العقدِ فحَيثُ انتفى هذا المعنَى صَحَّ الشرطُ ، وقد ورَدَ في بعضِ الشُّروطِ نُصوصٌ

= المشروطُ لا غَرَضَ فيه لا يُؤَثِّرُ في العقدِ كقوله بعتُك على أن تدخُلَ الدَّارَ أو تقِف في الشمسِ أو تأكُلَ كذا ، وعِبارَةُ جَماعَةٍ منهم الإمامُ في كِتاب الرَّجْعَةِ بشرطِ أن لا تطعِمه إلا كذا ، ولَفظُ الإمامِ في كِتاب الوديعَةِ : لو قال بعتُك بشرطِ أنْ لا تُطعِمَه إلا ألَذَّ الأطعِمَةِ أنَّ هذا وما في مَعناه لَغوٌ مُطرَحٌ وهو يرُدُّ ما ذكروه ز .

(١) (قوله : وهو مُخالِفٌ لِمُقتضَى العقدِ) إذْ مُقتضاه تقديرُها بالكِفايةِ ز .

(٢) (قوله : كما لو باعَ سَيفًا وشَرَطَ أنْ يقطَعَ به الطَّرِيقَ) الفرقُ بينهما واضِحٌ .

(٣) (قولُه وإنْ كان فيه غَرَضٌ لا يقتضيه العقدُ إلخ) البيعُ بشرطِ الوصفِ المقصودِ الذي يتفاوتُ ينبَغي تقييدُ صِحَّته بما إذا لَمْ يشرِطْ النِّهايةَ في الصِّفةِ كما قالوا في السَّلَمِ : إنه يصِحُّ بشرطِ الجيِّدِ لا الأجودِ لأنَّ أقصاه غيرُ مَعلوم فكأنَّه شَرَطَ شيئًا مجْهولا ر ا .

(٤) (قوله : كاستِثناءِ سُكنَى الدَّارِ شَهرٍ إلخ) لو باعَ العينَ المؤَجَّرَةَ واستثنَى المنفعَةَ المؤَجَّرَةَ ينبَغي أنْ لا يصِحَّ لأنَّها تكونُ لِلمُشتري إذا انفسَخَت الإجارَةُ هذا أحدُ وجهَينِ وجَزَمَ في الرَّوضِ بأنَّها تكونُ لِلبائعِ .

بصِحَّتِها وسَيأتِي ومنه ما ذَكَرَه بقولِه (إلا العِتْقُ [١] كما سَيأتِي) إذا تقَرَّرَ ذلك .

(فإذا شرَطَ في البيعِ رَهْنًا أو ضَمانًا [٢] فاسِدًا فسَدَ البيعُ) لِفسادِ الشرطِ (كالبيعِ بشرطِ الأجَلِ [٣] إنْ باعَه بمُعَيَّنٍ) لأنَّ الأجَلَ رِفْقٌ شُرِعَ لِتحصيلِ الحقِّ والمعَيَّنُ حاصِلٌ [٤] ، (أو) باعَه بما (في الذِّمَّةِ وجُهِلَتْ مُدَّتُه) أيِ الأجَلِ كقُدومِ زَيْدٍ ومَجيءِ المطَرِ وإقباضِ المبيعِ للغَرَرِ ، (أو) عُلِمَتْ لكن (استُبْعِدَ بَقاؤُه) أيِ البائعِ (وبَقاءُ وارِثِه إلى انتهائِها كألفِ سَنَةٍ) للعِلْمِ بأنَّهما لا يبْقَيانِ إليها ، وبأنَّ الأجَلَ يسقُطُ بمَوْتِ المدينِ نَقَله الرَّافعيُّ عن الرُّويانيِّ ، وخالَفَ في الرَّوْضَةِ فلم يجْعَلِ المنْعَ في ذلك لاستِبْعادِ ما ذُكِرَ بل لاستِبْعادِ بَقاءِ الدُّنيا إليها ، قال المصنفُ من زيادَتِه تبعًا للإسْنَوِيِّ : (وهو مُشكِلٌ) لأنَّا نَعلمُ أنَّ الأجَلَ يسقُطُ قبلها بمَوْتِ المدينِ، وينْتقِلُ الحقُّ لِصاحِبه أيْ فلا يُؤَثِّرُ التأجيلُ بها ، ورُدَّ بأنَّ ذلك عَكسُ مُرادِ الرُّويانيِّ والرَّافعيِّ لأنَّ مُرادَهما أنَّ التأجيلَ بها فاسِدٌ لاستِحالَتِه لِعِلْمِنا بسُقوطِ الأجَلِ قبلَ تمامِه مع ما فيه من الغرَرِ .

(وتأجيلُ بَدَلِ المتلَفِ و) الدَّيْنِ (الحالِّ) والزِّيادَةِ في الأجَلِ قبلَ حُلولِه (وعدٌ لا يلزَمُ إلا بالوصيَّةِ) بأنْ يُوصِيَ مالِكُه بتأجيلِه أو بزيادَةِ الأجَلِ فيه مُدَّةً ويخْرُجُ من الثُّلُثِ فيلزَمُ ورَثَتَه الإمهالُ تِلْكَ المدَّةِ لأنَّ التبرُّعاتِ بعدَ الموْتِ تلْزَمُ وإلا بالنَّذْرِ كقولِه [٥] : إنْ شَفَى الله مَرِيضي فلِلَّه عليَّ أنْ لا أُطالِبَ مَدِيني / شَهرًا ذَكَره ٢/٣٣

---

(١) (قوله : إلا العِتْقَ) وما إذا باعَ بشرطِ بَراءَته من العُيوب .

(٢) (قوله : أو ضَمانًا) أي أو أجَلا أو خيارًا .

(٣) (قوله : كالبيعِ بشرطِ الأجَلِ إلخ) أو الرَّهْنِ أو الكَفيلِ .

(٤) (قوله : والمعُيَّنُ حاصِلٌ) ويُقالُ في كُلٍّ من الرَّهْنِ والكَفيلِ أنَّه رِفْقٌ شُرِعَ لِتخصيلِ الحقِّ والمُعَيَّنُ حاصِلٌ فشرطُ كُلٍّ من الثلاثةِ معه في غيرِ ما شُرِعَ له .

(٥) (قوله : ولا بالنذرِ كقولِه إلخ) في تصويرِه إشكالٌ ؛ لأنَّ الصُّورَةَ إنْ كانتْ في مُعسِرٍ فالإنظارُ واجِبٌ ، والواجِبُ لا يصِحُّ نَذْرُه ، وإنْ كانتْ في موسِرٍ قاصِدًا لِلأداءِ لَم يصِحَّ أيضًا ؛ لأنَّ أخذَه منه واجِبٌ ، ولا يصِحُّ إبطالُ الواجِب بالنذْرِ وأُجيبُ بتصويرِه في موسِرٍ قاصِدٍ لِلإمهالِ ليرتفِقَ به أو غيرَ قاصِدٍ لِلأداءِ عن وقت الحُلولِ ونحوِ ذلك . قال في الخادِمِ : ويُمكِنُ أنْ يُتصَوَّرَ بما إذا كان ماله غائبًا وتكونُ فائِدَتُه دَفعَ الطَّلَب ، وكَتَبَ أيضًا قال ابنُ الرِّفْعَةِ إذا كان مَن عليه الدَّيْنُ مَيِّتًا فلا أثَرَ لِنَذْرِ تأخيرِ المُطالَبةِ ؛ لأنَّ المُبادرَةَ إلى بَراءَةِ ذمَّةِ الميِّت واجِبةٌ وحينَئِذٍ فلا يُؤَثِّرُ النذرُ حتى لو رَضِيَ الوارِثُ ورَبُّ الدَّيْنِ بذلك لَم يجُز، نَعَم لو أنَّ الناذرَ في هذه الحالَةِ مات فهل لِورَثَته المُطالَبةُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ حالٌّ والناذرَ قد ....=

المتولّي والرُّويانيُّ ، وعَطفُ المصنفِ الحالَّ على بَدَلِ المتْلَفِ من عَطفِ العامّ على الخاصّ (ولو أسقطَ المديُونُ الأجَلَ لم يسقُطْ) لأنَّه صِفةٌ تابعَةٌ ، والصِّفةُ لا تُفرَدُ بالإسقاطِ (كإسقاطِ الصِّحَّةِ) لِلدَّنانيرِ (والجودَةِ) للبُرّ فإنَّهما لا يسقُطانِ بإسقاطِهما (أو) أسقَطَ (الدائِنُ شرطَ الرَّهنِ والضَّمينَ سَقَطَ) لأنَّ كُلاًّ منهما مُستقِلٌّ فيُفرَدُ شرطُه بالإسقاطِ ، والتصريحُ بهذا من زيادَتِه .

(ويصِحُّ شرطُ ضَمينٍ بالثَّمَنِ) (١) على المشتري (أو العُهدَةِ) على البائعِ ، (و) شرطُ (رَهنٍ) بالثَّمَنِ للحاجَةِ إلى ذلك في مُعامَلَةِ مَن لا يرضَى إلا به (مُعَيَّنَيْنِ) أي الضَّمينَ والرَّهنَ بما سَيأتي ، ويُعتبَرُ فيهما كونُ الثَّمَنِ في الذِّمَّةِ كما في المنهاجِ وغيرِه ليخرُجَ المعَيَّنَ ، كأنْ قال بعتُك بهذِه الدَّراهمِ على أن يضمَنَك بها فُلانٌ أو ترهَنَ بها كذا فلا يصِحُّ لِما مَرَّ في الأجَلِ ، وكالثَّمَنِ في ذلك المثَمَّنُ بخِلافِ غيرِهما كأنْ شرَطَ ضَمينًا أو رَهنًا بدَينٍ آخَرَ فلا يصِحُّ لأنَّه شرطٌ مَقصودٌ لا يُوجِبُه العقْدُ وليس من مَصالِحِه .

(و) يصِحُّ شرعًا (إشهادٌ) لِما مَرَّ ولِقولِه تعالى : ﴿وأشهِدوا إذا تبايعتُم﴾ [البقرة: ٢٨٢] (ولا يجِبُ تعيينُ الشُّهودِ) لأنَّ الغرَضَ لا يتفاوتُ فيهم إذ الحقُّ يثبُتُ بأيِّ شُهودٍ كانُوا بخِلافِ ما مَرَّ في الضَّمينِ والرَّهنِ ولم يُبالُوا بكونِ بعضِ الشُّهودِ قد يكونُ أوجَهَ وقولُه أسرَعُ قَبولا (ولو عَيَّنُوا لم يتعَيَّنُوا) فيجوزُ إبدالُهم بمِثلِهم أو فوقِهم في الصِّفاتِ ، (ولا) يجِبُ (تعيينُ حافِظِ الرَّهنِ) أيْ مَنْ يُجعَلُ المرهونُ في يدِه لِما مَرَّ في الشُّهودِ (بل إن اتَّفقا) على يدِ المرتهِنِ أو عَدلٍ فذاك وإنْ (تشاحًّا أُعطى

= مات وهم لَم ينذُروا أو عليهم الإمهالُ ؛ لأنَّ الحقَّ انتقَلَ إليهم كذلك فيه نَظَرٌ والظَّاهرُ أنَّ لهم الطَّلَبَ د ورَجَّحه العِراقيُّ وغيرُه وكَتَبَ أيضًا قال البُلقِينيُّ : والتحقيقُ لا استثناءَ في الصُّورتَينِ بل الحُلولُ موجودٌ ، وامتنَعَ الطَّلَبُ لِعارِضٍ كالإعسارِ وله فوائدُ منها : أنَّه لو أعطاه المديونُ قبلَ المُدَّةِ لِغَرَضِ البراءَةِ لَزِمَ رَبَّ الدَّينِ قبولُه وإنْ كان فيه ضَرَرٌ عليه أو الإبراءُ والحِنثُ إذا حلَفَ لا مالَ له ا هـ . وله أنْ يُحيلَ به على المديونِ وأنْ يوكِّلَ مَن يُطالِبُ به لانتفاءِ مُطالَبَته لِلمَديونِ فيهما .

(١) (قوله : ويصِحُّ شرطُ ضَمينٍ بالثمَنِ) صورَتُه أن يقولَ بشرطِ أن تكْفُلَ لي فُلانًا فلو قال بشرطِ أن يتكَفَّلَ لي فُلانٌ فإنَّه لا يصِحُّ البيعُ لأنَّه لَم يشترِطْ إلا على الأجنَبيِّ دونَ المشتري قاله الفقيه إسماعيلُ ، وذكرَ أنَّه مُصَرَّحٌ به في بعضِ المُصَنَّفات ، قال الأزرَقُ في شرحِه لِلتَّنبيه : وليس كما زَعم وإنْ كان قد شاعَ بين الطَّلَبةِ عندَنا وتداوله فُقهاءُ بَلَدِنا وهو الذي في حِفظِي من مَشايِخي وألقَيْته على الطَّلَبةِ وأوعَيْته التلامِذَةَ وقد رَجَعت عنه ، والحقُّ أحقُّ أنْ يُتَّبَعَ .

عَدْلا) أيْ جَعله الحاكِمُ في يدِ عَدْلٍ (ويكفي وصفُ السَّلمِ في الرَّهْنِ) كما تكفي فيه المشاهَدَةُ ، (لا) في (الضَّمينِ فتُشترَطُ مُشاهَدَتُه أو مَعرِفَةُ اسمِه ونَسَبه) بذِكرِهما قال في الأصلِ : ولو قيلَ الاكتِفاءُ بالوصْفِ كمُوسِرٍ ثِقَةٍ أولى منه بمُشاهَدَةِ مَن لا يُعرَفُ حالُه لم يكنْ بعيدًا ، وأُجيبُ عنه بأنَّ الأحرارَ لا يُمكِنُ التِزامُهم في الذِّمَّةِ لِعَدَمِ القُدْرَةِ عليهم (١) بخِلافِ المرهونِ فإنَّه مالٌ يثبُتُ في الذِّمَّةِ ، وقد يُنتقَضُ بالضَّامِنِ الرَّقيقِ (٢) ، والرَّهْنُ هنا - وفيما يأتي في بَقيَّةِ الفصلِ - بمعنى المرهونِ .

(ويُشترَطُ كونُ المرهونِ غيرَ المبيعِ) فلا يصِحُّ البيعُ بشرطِ رَهْنِ المبيعِ (٣) لاشتِمالِه على شرطِ رَهْنِ ما لم يملِكه بعدُ ، ولأنَّ مُقتضَى العقدِ تمكُّنُ المشتري من التصرُّفِ وهو مُنافٍ له سواءٌ أشرَطَ أنْ يرهَنَه إيَّاه بعدَ قبضِه أم قبله ، فإنْ رَهَنَه بعدَ قبضِه بلا شرطٍ صَحَّ كما يُعلمُ مِمَّا سَيأتي ، وكالرَّهْنِ فيما ذَكرَه الضَّمينُ فلو باعَ عَيْنًا لاثنَيْنِ على أنْ يضمَنَ كُلٌّ منهما الآخَرَ لم يصِحَّ كما جَزَمَ به القاضي والغزاليُّ (٤) في بَسيطِه لِما فيه من اشتِراطِ ضَمانِ المشتري غيرِه وهو باطِلٌ لِخُروجِه عن مَصْلحَةِ عَقْدِه بخِلافِ عَكسِه .

(فإنْ لم يضمَنْ) مَنْ عُيِّنَ لِلضَّمانِ (٥) كأنْ ماتَ قبله (أو لم يشهَدْ) مَنْ شرَطَ عليه الإشهادَ كأنْ ماتَ قبله أو لم يرهَنْ ما شرَطَ رَهْنَه (أو تلِفَ الرَّهْنُ) أو أعتقَه مالِكُه أو دَبَّرَه (أو بانَ مَعيبًا قبلَ القبضِ (٦) فله) أيْ لِلمَشروطِ له ذلك

---

(١) (قوله : لِعَدَمِ القُدْرَةِ عليهم) بخلافِ المرهونِ ولأنَّ الثِّقات يتفاوتونَ .

(٢) (قوله : وقد يُنقَضُ بالضَّامِنِ الرَّقيقُ) الضَّامِنُ لا يثبُتُ في الذِّمَّةِ فلا يكفي وصفُه قال شيخُنا أي وإنْ كانَ رَقيقًا ، وجه النقضِ أنَّ قولهم الأحرارَ لا يُمكِنُ التزامُهم في الذِّمَّةِ يُفهِمُ أنَّ الأرقَّاءَ بخلافِ ذلك ، ولا يقدَحُ في ذلك قولُهم الوصفُ بموسِرٍ ثِقَةٍ والرَّقيقُ مُعسِرٌ لأنَّه قد يصيرُ موسِرًا بتمليكِ سَيِّدِه في قولٍ أو يكونُ مَأذونًا له في سائرِ التصرُّفات وفي يدِه مالٌ .

(٣) (قوله : فلا يصِحُّ البيعُ بشرطِ رَهْنِ المبيعِ) وإنْ كان الثمَنُ حالاً لأنَّ قَضيَّةَ الرَّهْنِ أنَّه أمانةٌ وقَضيَّةَ البيعِ أنَّه مَضمونٌ فتتناقَضُ الأحكامُ .

(٤) (قوله : كما جَزَمَ به القاضي والغزاليُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : فإنْ لَم يضمَنْ مَنْ عُيِّنَ لِلضَّمانِ إلخ) سَكَت عمَّا إذا ماتَ الكَفيلُ أو تغيَّرَ حالُه بإعسارٍ أو نحوِه قبلَ أنْ يتكَفَّلَ أو تبيَّنَ أنَّه كان قد تغيَّرَ قبلها والقِياسُ إلحاقُه بالرَّهْنِ ح .

(٦) (قوله : أو بانَ مَعيبًا قبلَ القبضِ إلخ) أي عَيبًا يُنقِصُ القِيمَةَ لا الخصاءَ ولو بعدَ بَيْعِه لِلدَّيْنِ إنِ استرَدَّ الثمَنَ منه أو من العدلِ لا إنْ رَدَّه على الرَّاهِنِ ولَم يستردَّ الثمَنَ وفي إجبارِ البائعِ على قبولِ الرَّهْنِ إذا بَذله لِلمُشتري وجهانِ . ا هـ . أوجَهُهما إجبارُه .

(الخيارُ) في فسخِ البيعِ لِفواتِ ما شرطَ له وهو على الفورِ لأنَّه خيارُ نَقصٍ ولا يُجبَرُ مَنْ شُرِطَ عليه ذلك على القيامِ بما شُرِطَ لِزوالِ الضَّرَرِ بالفسخِ ، ولا يقومُ غيرُ المعَيَّنِ مَقامَه ، أمَّا إذا تلِف أو تعَيَّبَ بعدَ القبضِ فلا خيارَ له ، نَعَم إن استنَدَ إلى سَبَبٍ سابقٍ [١] كرِدَّةٍ وسَرِقَةٍ سابقَتينِ فله الخيارُ **(فإن ادَّعَى الرَّاهنُ حُدوثَ العيبِ بعدَ القبضِ)** وقال المرتهنُ قبله **(فالقولُ قولُه)** [٢] بيمينِه استِدامَةً للبيعِ ، ومَحَلُّه إذا أمكنَ حُدوثُه وقِدَمُه فإنْ لم يُمكِنْ حُدوثُه كأُصْبُعٍ زائِدَةٍ صَدَقَ المرتهنُ بلا يمينٍ وإنْ لم يُمكِنْ قِدَمُه صُدِّقَ الرَّاهنُ بلا يمينٍ ، **(ولو عَلِمَ)** المرتهنُ **(بالعيبِ بعدَ هَلاكِ الرَّهْنِ أو تعَيُّبِه مَقْبوضًا)** أيْ بعدَ قبضِه **(فلا خيارَ)** له لأنَّ الفسخَ إنَّما يثبُتُ إذا أمكنَه رَدُّ الرَّهْنِ كما أخَذَه ، نَعَم إنْ كان الهَلاكُ يُوجِبُ القيمَةَ فأخَذَها المرتهنُ رَهْنًا ثُم عَلِمَ بالعيبِ فله الخيارُ كما جَزَمَ به الماورديُّ **(ولا أرشَ)** له لأنَّه دَخَلَ في ضَمانِه بالقبضِ وهلاكُ بعضِ المرهونِ بعدَ قبضِه كهَلاكِ كُلِّه ، فلو ارتهَنَ عبدَينِ مَثَلا وقَبَضَ أحدَهما وتلِفَ في يدِه وتلِف الآخَرُ في يدِ الرَّاهنِ قال الماورديُّ [٣] : فلا خيارَ له لِفواتِ رَدِّ ما تلِف في يدِه [٤] .

(ويصِحُّ) بيعُ الرَّقيقِ **(بشرطِ كوْنِه كاتِبًا أو خَبَّازًا وبشرطِ الخيارِ وسَنَذْكُرُه)** في بابِ الخيارِ . / ٣٤/٢

(ويفسُدُ) البيعُ **(بشرطٍ فاسِدٍ كما إذا باعَه دارًا بشرطِ أنْ يبيعَه عبدًا أو يُقرِضَه ألفًا)** مَثَلا **(فإنْ فعل)** بمُوافقَةِ الآخَرِ وأتَيا بالعقدَيْنِ **(فالأولُ باطِلٌ)** كما عُلِمَ **(وكذا الثاني [٥] إنْ جَهِلَ بُطْلانَ الأولِ)** [٦] بأنْ جَهِلاه أو أحدُهما لأنَّهما أتيا

(١) (قوله : نَعَم إنِ استنَدَ إلى سَبَبٍ سابقٍ) أي جَهِله ز .

(٢) (قوله : فالقولُ قولُه) قال شيخُنا أي الرَّاهنُ ز .

(٣) (قوله : قال الماورديُّ) أي وغيرُه ز .

(٤) (قوله : لِفوات رَدِّ ما تلِف في يدِه) وهو واضِحٌ .

(٥) (قوله : وكذا الثاني إلخ) صحَّحَ في زيادَةِ الرَّوضَةِ فيما لو رَهَنَ بدَينٍ قَديمٍ لِظَنِّ صِحَّةِ شرطِه في البيعِ أو القرضِ الصِّحَّةَ ، وفرَّقَ بعضُهم بينهما بأنَّ البيعَ يُؤَدِّي إلى جَهالَةِ الثمَنِ ، وأمَّا الرَّهنُ فإنَّه مُجَرَّدُ توثُّقٍ فلا يُؤَثِّرُ الظَّنُّ في صِحَّتِه فإنَّ المُؤَثِّرَ فيها مُقابَلَةُ الشرطِ بجُزْءٍ من الثمَنِ المُؤَدَّى إلى جَرِّ الجهالَةِ إلى الباقي .

(٦) (قوله : إنْ جَهِلَ بُطْلانَ الأوَّلِ إلخ) فقد أتى بالعقدِ الثاني على ظَنِّ وُجوبِها عليها وكما لو ظَنَّ أنَّ عليه دَيْنًا فقَضاه ثُم تبيَّنَ خلافُه أو أنفقَ على أبيه على ظَنِّ إعسارِه فبانَ يسارُه أو أنفقَ على البائِنِ على ظَنِّ أنَّها حامِلٌ فبانَ أنْ لا حَمْلَ ونَظائِرُه فإنَّه يرجِعُ في جَميعِ ذلك .

به على حُكمِ الشرطِ الفاسِدِ (١) وإنْ عَلِما البُطْلانَ صَحَّ **(وإن اشترَى زَرعًا أو ثَوبًا)** مَثَلا بعَشرَةٍ **(بشرطِ حَصْدِه وخياطَتِه له بدِرهَمٍ لم يصِحَّ)** الشِّراءُ لاشتِمالِه على شرطِ عَمَلٍ له فيما لم يملِكه بعدُ سواءٌ أشرَطَ العمَلَ على البائعِ أم على الأجنَبيِّ فتعبيرُه بما قاله أولى من تقييدِ الأصلِ بالبائعِ .

(فإنْ قال : اشتريته بعَشرَةٍ واستأجَرتُك لِحَصْدِه أو خياطَتِه بدِرهَمٍ وقَبِلَ) بأنْ قال بعت وأجَّرت **(صَحَّ البيعُ وحدَه)** أيْ دون الإجارَةِ **(لأنَّه استأجَرَه قبلَ المِلْكِ)** (٢) لِمَحَلِّ العمَلِ **(فإن اشتراه واستأجَرَه بالعشرَةِ فقولا تفريقُ الصَّفقَةِ)** في البيعِ وتبطُلُ الإجارَةُ ولا تصحيحَ في الأصلِ فإنَّه قال فطَريقانِ : أحدُهما على القولَيْنِ في الجمعِ بين مُختلِفِي الحُكمِ ، والثاني تبطُلُ الإجارَةُ وفي البيعِ قولا تفريقِ الصَّفقَةِ ، فالترجيحُ من زيادَةِ المصنفِ ، وبه صرّحَ في المجمُوعِ فلو جَمعَها مع التي قبلها بأنْ قال قبلَ قوله وقَبِلَ أو اشتراه واستأجَرَه بالعشرَةِ كان أحسَنَ وأخصَرَ **(وإن اشترَى حَطَبًا)** مَثَلا **(على دابَّةٍ بشرطِ إيصالِه مَنْزِلَه لم يصِحَّ)** وإنْ عَرَف مَنْزِلَه لأنَّه بيعٌ بشرطٍ **(وإنْ أطلَقَ)** العقدَ **(صَحَّ وإن اعتيدَ إيصالُه)** مَنْزِلَه **(ولم يجِبْ)** إيصالُه إليه بل يُسَلِّمُه له في مَوْضِعِه ولو أخَّرَ وإن اعتيدَ عَمَّا بعدَه بأنْ قال ولم يجِبْ إيصالُه وإن اعتيدَ كان أولى ، وفي نُسخَةٍ لم يجِبْ بحَذفِ الواوِ فيكونُ جوابًا لِما قبله .

(فرعٌ : بيعُ العبدِ بشرطِ إعتاقِه) مُطْلَقًا أو عن المشتري **(صَحيحٌ)** لِتشَوُّفِ الشارِعِ إلى العِتقِ (٣) ولِخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ «أنَّ عائِشَةَ رضي الله عنها اشترَتْ بَريرَةَ

---

(١) (قوله : على حُكمِ الشرطِ الفاسِدِ) لا فرقَ بين أنْ يُصَرِّحَ بالشرطِ أو يأتي به على صورَةِ الإخبارِ ز

(٢) (قوله : لأنَّه استأجَرَه قبلَ المِلكِ) قال البُلقينيُّ : سُئِلت عن رَجُلٍ اشترَى نِصفَ بُستانٍ وشَرَطَ على المُشتري خدمَةَ النِّصفِ الذي لِلبائعِ بيدِه فعملَ هل يستحِقُّ أُجرَةً فأجَبت بالاستحقاقِ إذا كان إنَّما عملَ على ظَنِّ حُصولِ البيعِ له بخلافِ الإجارَةِ الفاسِدَةِ فإنَّه يستحِقُّ العامِلُ فيها أُجرَةَ المِثلِ وإنْ عَلِمَ فسادَها .

(٣) (قوله لِتشَوُّفِ الشارِعِ إلى العِتقِ) ولأنَّ استعقابَ العِتقِ عُهِدَ في شِراءِ القريب فاحتمَلَ شرطُه ، هل يصِحُّ السَّلَمُ في عبدٍ ويشترِطُ المُسلَمُ إليه عِتقَه ؟ فيه نَظَرٌ والأقربُ المنعُ ، لأنَّه غيرُ مُعَيَّنٍ فلا يصِحُّ التزامُه ر ، وفارَقَ العِتقُ ما سِواه من الشُّروطِ لأنَّه يكمُلُ ببعضِه ويسري إلى نَصيبِ الشريكِ ، ويصِحُّ إيرادُه على الحملِ .

وشرَطَ مَواليها أنْ تُعتِقَها ويكونُ ولاؤُها لهم فلم يُنكِر ﷺ إلا شرطَ الولاءِ لهم بقولِه : «ما بالُ أقوامٍ يشترِطونَ شُروطًا ليستْ في كِتاب الله ما كان من شرطٍ ليس في كِتاب الله فهو باطِلٌ» الحديثَ (١) **(لا إنْ شرَطَه)** أيْ إعتاقَه **(عن غيرِ المشتري)** من بائعٍ أو أجنَبيٍّ فلا يصِحُّ لأنَّه ليس في معنى ما ورَدَ به الخبَرُ وخرج بإعتاقِ المبيعِ شرطُ إعتاقِ غيرِه فلا يصِحُّ معه البيعُ لأنَّه ليس من مَصالِحِه ، وشرطُ إعتاقِ بعضِه ، والمتَّجه - كما قال بعضُهم - الصِّحَّةُ (٢) بشرطِ تعيينِ المِقْدارِ المشروطِ ، ولو باعَ بعضَه بشرطِ إعتاقِه ، فقَضيَّةُ كلامِ البَهجَةِ كالحاوِي الصِّحَّةُ (٣) ، ونَقَلَ الإسنَويُّ وغيرُه عن المعينِ لليمَنيِّ البُطْلانَ ، ولم أرَه فيه ولمَّا حَكاه الأذْرَعيُّ عن حِكايةِ بعضِهم له قال : إنْ صَحَّ فهو في غيرِ المبعَّضِ وفي غيرِ مَنْ له باقيةٌ (٤) ، **(وهو)** أيِ الاعتِقادُ المشروطُ **(حَقٌّ لِلّه تعالى)** كالملتَزِمِ بالنَّذرِ لأنَّه لَزِمَ باشتراطِه **(ولو امتنَعَ)** المشتري من الإعتاقِ **(أُجبِرَ)** (٥) ، أيْ أجبَرَه الحاكِمُ عليه لأنَّ الحقَّ فيه لِلّه تعالى كما عُرِف فإنْ أصرّ على الامتِناعِ صارَ كالمولى فيُعتِقُ عليه الحاكِمُ ، كما قاله القاضي والمتولِّي وقَوَّاه في المجموعِ وقيلَ يحبِسُه حتى يُعتِقَه **(وطالَبَه البائعُ)** به وإنْ قُلنا : إنَّ الحقَّ

---

(١) رواه البخاري في مواضع كثيرة ، ومنها ، كتاب البيوع ، باب البيع والشراء مع النساء ، حديث (٢١٥٥) ، ورواه مسلم ، كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ، حديث (١٥٠٤) .

(٢) (قولِه : والمتَّجه كما قال بعضُهم الصِّحَّةُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : فقَضيَّةُ كلامِ البهجةِ والحاوِي الصِّحَّةُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وفي غيرِ مَنْ له باقِيةٌ) ومِثْلُ مَنْ له باقِية مَن ليس له باقِية وهو موسِرٌ .

(٥) (قولـه : ولـو امتنَعَ المُشتري مـن إعتاقـه أُجبرَ) يلزَمُ من إجبارِه أنَّه لـو جَنَى لَزِمَه فِداؤُه كالمُستولَدَةِ قاله الماورديُّ ، وسَيأتي في كلامِ الشارحِ ، قال الأذْرَعيُّ : الذي يتبادرُ إلى الذِّهنِ أنَّ المُشتري إذا شَرَطَ على نفسِه العِتقَ أنَّه يلزَمُه الوفاءُ به كما لو شَرَطَه عليه البائعُ ، وقد يُقالُ : إن عَلِمَ أنَّ البائعَ إنَّما سَمَحَ بالبيعِ أو حابَى في الثمَنِ لأجلِ ذلك أنَّه يلزَمُه الوفاءُ به كما لو شَرَطَه البائعُ ، عليه كأنْ قال بعتنيه بِمائةٍ لأعتقَه ، فقال : بعتُك وهو يُساوِي ألفًا فهو كما لو أوجَبَه كذلك فيما أحسِبُه ورأيت في تعليقِ البغَويّ في باب السَّبَقِ والرَّمي لو اشترَى طعَامًا وشَرَطَ على نفسِه إطعامَه جازَ . ولو نكَحَ امرأةً على أنْ لا يطأَها إنْ شَرَطَه عليه الوليُّ لَم يجُز وإنْ شَرَطَه الزَّوجُ على نفسِه جازَ ، وكذا لو اشترَى عبدًا وشَرَطَ على نفسِه إعتاقَه صحَّ العقدُ ثم إنْ شاءَ لا يُعتِقُ ا هـ ، ومَعنَى قولِه جازَ يعني به صحَّ العقدُ ولَغا الشرطُ ا هـ ، الرَّاجِحُ صِحَّةُ الشرطِ ، وقولُه في أوَّلِ كلامِه : إذا شَرَطَ على نفسِه العِتقَ أنَّه يلزَمُه الوفاءُ به كما لو شَرَطَه عليه البائعُ هذا هو الرَّاجِحُ ز .

فيه لِلَّه تعالى لأنَّه يُثابُ على شرطِه وله غَرَضٌ في تحصيلِه ولذلك قد يُسامِحُ في الثَّمَنِ ، قال الأَذْرَعِيُّ : ولِمَ لا يُقالُ للآحادِ المطالَبَةُ (١) به حِسْبَةً لا سيَّما عِنْدَ مَوْتِ البائِعِ أو جُنُونِه ، ولو أَخَّرَ المصنفُ قولَه ولو امتنعَ أُجْبِرَ عن مُطالَبَةِ البائِعِ كما في الأصلِ كان أولى (وولاؤُه) أيْ عِتقُ العبدِ / (للمُشتري) إذا أعتقَه لأنَّه المعتِقُ ٣٥/٢
(ولو أعتقَه عن كفَّارَةٍ لم يُجزِئه) عنها (وإنْ أذِنَ له) فيه (البائِعُ) لاستِحقاقِه العِتقَ بجِهَةِ الشرطِ فلا يُصْرَفُ إلى غيرِها ، كما لا يُعتقُ المنذورُ عن الكفَّارَةِ (وللمُشتري استِخدامُه) وإكسابُه (وقيمَتُه إنْ قُتِلَ قبلَ العِتقِ (٢) ، ووطْءُ الأَمَةِ) المشروطُ إعتاقُها ، لأنَّ كُلاًّ منهما مِلْكه ولا يُكلَّفُ صَرف قيمَتِه إلى شِراءِ رَقيقٍ آخَرَ ليُعتِقَه ولو أَخَّرَ الظَّرف عمَّا بعدَه كان أولى (٣) ولو جَنَى قبلَ إعتاقِه لَزِمَه فِداؤُه كأُمِّ الولَدِ ، بما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّه لا يلزَمُه الإعتاقُ فوزًا وإنَّما يلزَمُه إذا طَلَبَه منه الحاكِمُ أو البائِعُ أو ظَنَّ فواته لو لم يأتِ به فلو مات المشتري قبلَ إعتاقِه فالقياسُ أنَّ وارِثَه يقومُ مَقامَه (٤) (ولا يُجزِئُ) أيْ يكفي استيلادُها (عن العِتقِ) لأنَّه ليس بإعتاقٍ (ولو باعَه المشتري على) بمعنى من (مَن يُعتِقُه) بأنْ شرَطَ عليه إعتاقَه (لم يصِحَّ) (٥) لأنَّ إعتاقَه مُتعَيِّنٌ عليه ، وفي إجارَتِه احتِمالانِ لِلدَّارِميِّ صحّح منهما النَّوويُّ في مَجْمُوعِه المنعَ .

(فلو مات العبدُ) عِندَ المشتري (قبلَ عِتقِه لم يلزَمه الثَّمَنُ) المسَمَّى في العقْدِ (سواءٌ قُلْنا العِتقُ حَقٌّ لِلَّه) تعالى (أو للبائِعِ) ، لأنَّه لم يلتزِم غيرَه فلا يلزَمُه قدرُ التفاوُتِ ولا يتخيَّرُ البائِعُ بين الإجازَةِ بالثَّمَنِ والفسخِ برَدِّه والرُّجوعِ على المشتري بقيمَةِ المبيعِ (ولو اشتراه بشرطِ تدبيرِه أو تعليقِ عِتقِه) ولو في ضِمنِ كِتابَةٍ (أو وقْفِه أو إعتاقِه بعدَ شَهرٍ) مَثَلا أو بيعِه بشرطِ عِتقِه كما صرّحَ به في الرَّوْضَةِ (لم

---

(١) (قوله : ولِمَ لا يُقالُ لِلآحادِ المُطالَبةُ به إلخ) سَيأتي في المُماثَلَةِ في القِصاصِ ما يُؤْخَذُ منه ما اقتضاه كلامُهم من امتناعِ المُطالَبةِ وأنَّ النظرَ في مِثلِه لِلحاكِمِ .

(٢) (قوله : وقيمَتُه إن قُتلَ قبلَ العِتقِ) كما لو نَذَرَ أن يتصَدَّقَ بهذا الدِّينارِ على زَيْدٍ فمات أو امتنَعَ من قبولِه .

(٣) (قوله : ولو أخَّرَ الظَّرف عمَّا بعدَه كان أولى) الأولى تقديمُه إذ لا تكونُ أمَةً إلا قبلَ العِتقِ . كا ز .

(٤) (قوله : فالقِياسُ أنَّ وارِثَه يقومُ مَقامَه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ولو باعَه المُشتري على مَن يُعتقُه لَم يصِحَّ) كما لو باعَه لِمَن يُعتَقُ عليه .

يصِحّ) إذ لم يحصُلْ في واحِدٍ منها ما تشوَّفَ إليه الشارعُ من العِتْقِ النَّاجِزِ **(وكذا لو اشترَطَ البائعُ الولاءَ فيه لِنفسِه)** (١) لِمُخالَفتِه ما تقرَّرَ في الشرعِ من أنَّ الولاءَ لِمَنْ أعتقَ سواءٌ أشرَطَ مع الولاءِ العِتْقَ أم لا بأنْ قال بعتُكه بشرطِ أن يكونَ لي الولاءُ إن أعتقته ، وأمَّا قولُه ﷺ في خبرِ بَريرَةَ لِعائِشَةَ : «واشترِطي لهم الولاءَ (٢)» فأجابَ عنه الأقلُّ بأنَّ راويه هشامًا تفرَّدَ به فيُحمَلُ على وهمٍ وقَعَ له لأنَّه ﷺ لا يأذَنُ فيما لا يجوزُ ، والأكثرُ بأنَّ الشرطَ لم يقَع في العقدِ (٣) وبأنَّه خاصٌّ بقِصَّةِ عائِشَةَ لِمَصْلحَةِ قَطْعِ عادَتِهم (٤) كما خَصَّ فسخَ الحجِّ إلى العُمرَةِ بالصَّحابَةِ لِمَصْلحَةِ بَيانِ جوازِها في أشهرِه وبأنَّ لهم بمعنى عليهم كما في ﴿وإنْ أسَأْتُم فلها﴾ [الإسراء :٧] (٥) **(أو كان)** المشروطُ إعتاقُه **(بعضًا)** للمُشتري **(يُعتَقُ)** عليه **(بالشِّراءِ)** كأبيه وابنِه لِتعَذُّرِ الوفاءِ بالشرطِ (٦) لأنَّه يُعتقُ عليه قبلَ إعتاقِه ، قال في المجمُوعِ : وفيه نَظَرٌ ويحتمِلُ الصِّحَّةَ (٧) ويكونُ شرطُه توكيدًا للمعنى ، **(وإنْ شرَطَ عِتْقَ حامِلٍ فولَدَتْ ثُمَّ أعتقَها ففي عِتْقِ الولَدِ وجهانِ)** حَكاهما ابنُ كجٍّ ، والأصَحُّ منهما في المجمُوعِ المنعُ لانقِطاعِ التبعيَّةِ بالوِلادَةِ (٨) .

(فرعٌ : لا يصِحُّ بيعُ الحملِ) لِعَدَمِ العِلْمِ والقُدْرَةِ **(فإن اشترَى الحامِلَ مُطلَقًا**

---

(١) (قوله : وكذا لو اشترَطَ البائعُ الولاءَ لِنفسِه) قال في الخادِمِ هذا في غيرِ البيعِ الضِّمنيِّ أمَّا لو قال أعتق عبدَك عَنِّي على كذا بشرطِ أنْ يكونَ الولاءُ لَكَ ففي التتمَّةِ في باب الخُلع المذهَبُ المشهورُ : أنَّ الشرطَ يفسُدُ ويقَعُ العِتْقُ عن المُستدعي وعليه القِيمَةُ ا هـ ، وقد يُقالُ : لا استثناءَ بل العقدُ فاسِدٌ أيضًا بدَليلِ عَدَمِ لُزومِ المُسَمَّى ، وإنَّما يقَعُ عنه ، وتلزَمُه القِيمَةُ لالتِماسِه العِتْقَ على عِوضٍ وإسعافِ المالِكِ بما سَأله ، وهنا لَم يُعتقه المالِكُ عن المُستدعي مَجَّانًا فوجَبَت القِيمَةُ فليُتأمَّل .

(٢) البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل ، حديث (٢١٦٨) .

(٣) (قوله : والأكثرُ بأنَّ الشرطَ لَم يقَع في العقدِ) لأنَّه كان وقت المُساومَةِ .

(٤) (قوله : لِمَصْلَحةِ قَطْعِ عادَتِهم إلخ) قال النوويُّ في شرحِ مُسلِمٍ إنه أصَحُّ الأجوبةِ .

(٥) (قوله: ﴿وإن أسَأْتُم فلها﴾) أولَئِكَ لهم اللَّعنَةُ .

(٦) (قوله : لِتعَذُّرِ الوفاءِ بالشرطِ) ومن هذا لو اشتراه في مَرَضِ موته بشرطِ العِتْقِ وكان لا يَخرُجُ من الثُّلُثِ يَحتمِلُ البُطلانَ لِعَدَمِ قُدرَته على الوفاءِ بالشرطِ ر .

(٧) (قوله : ويُحتمَلُ الصِّحَّة) ويكونُ شرطُه توكيدًا لِلمَعنَى قال الأذرَعِيُّ : والظَّاهِرُ أنَّ شِراءَ مَن أقرَّ بِحُرِّيَّته أو شَهِدَ بها بشرطِ العِتْقِ كَشِراءِ القريب ويُحتمَلُ الفرقُ بينهما .

(٨) (قوله : لانقِطاعِ التبَعيَّةِ بالوِلادَةِ) وقِيلَ يلزَمُه إعتاقُه وإن ماتت الأُمُّ .

تبعَها الحملُ) في البيعِ (١) (والحملُ يُعرَفُ) بمعنى أنَّه يُعطَى حُكمَ المعروفِ فيُقابَلُ بقِسطٍ من الثمَنِ (٢) (ولو باعَها) أيْ دابَّةً (بشرطِ أنَّها حامِلٌ أو لَبونٌ) أو كاتِبَةٌ أو نَحوُها (صَحَّ) لأنَّه من مَصْلحَةِ العقدِ التي تتعَلَّقُ بالثمَنِ ، ولأنَّه لا يتعَلَّقُ بإنشاءِ ما يتجَدَّدُ بل هو التِزامُ صِفةٍ ناجِزَةٍ فلا يُؤَدِّي إلى المنازَعَةِ كما لا يُؤَدِّي إليها ما لا غَرَضَ فيه (لا إن استثنَى لَبَنَها أو حَملها) فلا يصِحُّ لأنَّه لا يجوزُ إفرادُه (٣) بالعقدِ فلا يجوزُ استِثناؤُه كأعضاءِ الحيوانِ ، ويُفارِقُ صِحَّةَ بيعِ الشجَرَةِ دون ثَمَرَتِها بتيقُّنِ وُجودِ الثَمَرَةِ والعِلمِ بصِفاتِها بخِلافِ الحملِ (أو كان الحملُ حُرًّا أو) رَقيقًا (لِغيرِه) أيْ لِغيرِ مالِكِ الأُمِّ (ولو للمُشتري) فلا يصِحُّ لأنَّ الحملَ فيهما لا يدخُلُ في البيعِ فكأنَّه استثنَى واستشكلَ بصِحَّةِ بيعِ الدّارِ المؤَجَّرَةِ فإنَّه صَحيحٌ مع أنَّ المنفعَةَ لا تدخُلُ فكأنَّه استثناها ، ويُجابُ بأنَّ الحملَ أشَدُّ اتِّصالا من المنفعَةِ بدَليلِ جوازِ إفرادِها بالعقدِ بخِلافِه فصَحَّ استِثناؤُها شرعًا دونه (ولو/ باعَها وحَملها أو) باعَها ٢/٣٦ (ولبَنَ ضَرعِها لم يصِحَّ) لِجَعلِه الحملَ أو اللبَنَ المجهولَ مَبيعًا مع المعلُومِ بخِلافِ بيعِها بشرطِ كونِها حامِلا أو لَبونًا كما مَرَّ لأنَّه جَعلَ ذلك وصفًا تابعًا ، وبيضُ الطَّيْرِ كالحملِ كما صرَّحَ به الأصلُ .

(ويصِحُّ بيعُ الجُبَّةِ بحَشوِها) والجِدارُ بأُسِّه لِدُخولِ الحشوِ في مُسَمَّى الجُبَّةِ والأُسِّ في مُسَمَّى الجِدارِ ، فلا يضُرُّ ذِكرُهما لأنَّه تأكيدٌ بخِلافِ الحملِ ودُخولُه تبعًا لا يستلْزِمُ دُخوله في مُسَمَّى اللفظِ ، و تعبيرُه في مَسْألَةِ الحملِ بالواوِ ، وفي مَسْألَةِ الحشوِ بالباءِ مِثالٌ إذ لا فرقَ في كُلٍّ منهما وما ذُكِرَ معهما بين الواوِ والباءِ ومع كما ذَكرَه في المجمُوعِ في أثناءِ الأمثِلَةِ ، (وإنْ شرطَ وضْعَ الحملِ لِشَهْرٍ) مَثَلا (أو أنَّها تُدِرُّ كُلَّ يوْمٍ صاعًا) مَثَلا (لم يصِحَّ) لأنَّ ذلك غيرُ مَقْدورٍ عليه فيهما وغيرُ مُنضَبطٍ في الثانيةِ فصارَ (كما لو شرَطَ أنْ يكتُبَ العبدُ كُلَّ يوْمٍ عَشرَ ورَقاتٍ) مَثَلا .

---

(١) (قوله : تبعَها الحملُ في البيعِ) وإنْ بيعَتْ في حَقِّ المُرتهنِ بغيرِ اختيارِ مالِكِها أو خَرَجَ بعضُه قبلَ البيعِ أو كان ثاني توأمَيْنِ ، وشمِلَ كلامُه ما لو اشترَى سَمَكَةً فوجَدَ في بَطنِها سَمَكَةً .

(٢) (قوله : فيُقابَلُ بقِسطٍ من الثمَنِ) لأنَّ الشارِعَ أوجَبَ الحوامِلَ في الدِّيةِ فلِلبائِعِ حَبسُ الولَدِ إلى استيفاءِ الثمَنِ ، ولو تلِف قبلَ القبضِ سَقَطَ قِسطٌ من الثمَنِ وليس لِلمُشتري بَيْعُه قبلَ قبضِه .

(٣) (قوله : لأنَّه لا يجوزُ إفرادُه بالعقدِ إلخ) قد يرِدُ على مَفهومِه ما لو وكَّلَ مالِكُ الحملِ مالكَ الأُمِّ فباعَهما دَفعَةً فإنَّه لا يصِحُّ ، لأنَّه يملِكُ العقدَ بنفسِه فلا يصِحُّ منه التوكيلُ فيه .

(فرعٌ : لو شرطَ) البائعُ بموافقةِ المشتري (حَبْسَ المبيعِ) بثمنٍ في الذِّمَّةِ (حتى يُستوفى الثمنُ الحالُّ المؤجَّلُ) وخاف فوْت الثَمنِ بعدَ التسليمِ (صَحَّ) لأنَّ حَبسَه حينَئِذٍ من مُقتضَياتِ العقدِ ، بخِلافِ ما إذا كان مُؤَجَّلا أو حالاً ولم يخَف فوْته بعدَ التسليمِ ، لأنَّ البُداءَةَ حينَئِذٍ في التسليمِ بالبائعِ كما نَبَّهَ على ذلك بقولِه (لا إنْ قُلْنا البُداءَةُ بالبائعِ وإنْ باعَه صُبْرَةً كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ على أنْ يزيدَه أو يُنقِصَه صاعًا لم يجُزْ إلا إنْ كانتْ صيعانُها مَعلُومَةً كعَشَرَةٍ وأرادَ أنْ يأخُذَ عنها) في الزِّيادَةِ (تِسعَةَ دراهِمَ أو) في النَّقصِ (أحدَ عَشرَ دِرهَمًا) فيجوزُ ففي الأُولى قد باعَ كُلَّ صاعٍ وتُسعًا بدِرهَمٍ وفي الثّانيةِ باعَ كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ وعَشرَ ، فعُلِمَ أنَّ مَحَلَّ عَدَمِ الجوازِ فيما إذا كانتِ الصِّيعانُ مجهولَةً ، لأنَّه لا يعلمُ حِصَّةَ كُلِّ صاعٍ وفيما إذا لم يُرِدْ ما ذَكرَ كأنْ أرادَ في الأُولى هبَةَ صاعٍ أو بيعَه من مَحَلٍّ آخَرَ وفي الثّانيةِ رَدَّه كذلك ، لأنَّه شرطُ عَقْدٍ في عَقْدٍ (فإنْ لم يُبيِّنْ) فيما لو قال بعتُكها كُلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ على أنْ أزيدَك صاعًا أو أنقِصَك (أنَّه أرادَ أحدَهما بطَلَ البيعُ) مُطلَقًا للإبهامِ (وإذا باعَه الأرضَ أو الصُّبْرَةَ) مَثَلا (على أنَّها مِائَةُ ذِراعٍ أو) مِائَةُ (صاعٍ فخرج) المبيعُ (زائِدًا أو ناقِصًا صَحَّ) تغليبًا للإشارَةِ [1] وتنزيلا لِخُلْفِ الشرطِ في المِقدارِ مَنْزِلَةَ خُلْفِه في الصِّفاتِ .

(و) ثَبَت (الخيارُ لِمَن عليه الضَّرَرُ) وهو البائعُ في الزِّيادَةِ والمشتري في النَّقصِ [2] (فإنْ قال المشتري) للبائعِ (لا تفسَخْ وأنا أقنَعُ بالقدرِ المشروطِ) شائِعًا ولَك الزِّيادَةُ (أو قال لا تفسَخْ وأنا أُعطيك ثَمَنَ الزّائِدِ لم يسقُطْ خيارُ البائعِ) لِما فيه من الضَّرَرِ عليه ، أمَّا في الأُولى فلأنَّ ثُبوت حَقِّ المشتري شائِعًا يجُرُّ ضَرَرًا ، وأمَّا في الثّانيةِ فلِما فيه من إلزامِه تمليكَ مالِه لِغيرِه بلا ضَرورَةٍ (ولا يسقُطُ خيارُ المشتري بحَطِّ البائعِ) من الثَمَنِ قدرَ النَّقصِ (وإذا أجازَ فبالمُسَمَّى) يُجيزُ (لا غيرُ) أيْ لا بقِسطِه لأنَّ المتناولَ بالإشارَةِ ذلك المَوجودُ لا غيرُ ، وإذا أجازَ البائعُ فالجميعُ للمُشتري ولا يُطالِبُه لِلزِّيادَةِ بشيءٍ (ولو قال بع) عبدَك مَثَلا (من زَيْدٍ بألفٍ وعليَّ خمسِمائَةٍ) عِبارَةُ الأصلِ على أنَّ عليَّ خَمسَمائَةٍ (ففعل لم يصِحَّ) البيعُ لأنَّ وُجوبَ الثَمَنِ خاصٌّ بالمشتري ، وما ذُكِرَ في الخُلْعِ من أنَّه لو قال بع عبدَك

(١) (قوله : تغليبًا لِلإشارَةِ) الصِّفةُ اللاَّزِمَةُ تجري مَجْرَى الإشارَةِ ولهذا لو قال مَن له بنتٌ واحدَةٌ زَوَّجتُك بنتي فُلانَةَ وسَمّاها بغيرِ اسمِها صَحَّ لأنَّ البنت صِفةٌ لازِمَةٌ ويُلغَى الاسمُ .

(٢) (قوله : وهو البائعُ في الزِّيادَةِ والمُشتري في النقصِ) فلو تلِف فلِلمُشتري الأرشُ .

بألفٍ ولَك عليَّ خَمسُمائَةٍ ففعل صَحَّ ولم يستحِقَّ على القائِلِ شَيْئًا صورَتُه أنَّه لم يجْعَلِ الخمسَمائَةِ شرطًا في العقْدِ .

(فصلٌ : المقْبوضُ بالشِّراءِ الفاسِدِ) لِفقْدِ شرطٍ أو لِشرطٍ فاسِدٍ **(يضْمَنُه)** المشتري **(ضَمانَ الغصبِ)** (١) لأنَّه مُخاطَبٌ كُلَّ لحظَةٍ بردِّه فيضمَنُه عِندَ تلَفِه بالمِثْلِ في المِثْليِّ (٢) ، وبأقْصَى القيمِ في المتقَوِّمِ من وقْتِ القبضِ إلى وقْتِ التلَفِ ، وعليه أرْشُ نَقْصِه لِلتَّعَيُّبِ وأُجْرَةُ مِثْلِه للمَنفَعَةِ وإنْ لم يستوْفِها ، وضَمانُ زَوائِدِه كنِتاجٍ وتعَلُّمِ حِرفَةٍ **(وعليه رَدُّه)** لِمالِكِه ومُؤْنَةُ رَدِّه **(وليس له حَبْسُه لاستِردادِ الثَّمَنِ)** (٣) ولا يتقَدَّمُ به على الغُرَماءِ كالرَّهْنِ الفاسِدِ ، واستشكَلَ ذلك بتوْجيه الشيخينِ في الضَّمانِ عَدَمَ مُطالَبَةِ ضامِنِ العُهْدَةِ لو بانَ فسادُ البيعِ بالاستِغْناءِ عنه بإمكانِ حَبْسِ المبيعِ إلى استِردادِ الثمَنِ ، وأُجيبَ عنه بأنَّ البائِعَ التزَمَ ثَمَّ حُكمَ الضَّمانِ فلَزِمَه حُكمُ التوثُّقِ فكان للمُشتري الحبْسُ لِذلك وبأنَّ التوْجيهَ إنَّما هو من القائِلِ (٤) بجوازِ الحبْسِ وسَكَت عليه الشيخانِ لأنَّهما تكلَّما عليه في مَحَلِّه **(وإن اتَّفقَ عليه لم يرجِعْ)** على البائِعِ / بما أنفقَ **(ولو جَهِلَ الفسادَ)** لأنَّه شرَعَ في العقْدِ على أن يضْمَنَ ذلك . ٣٧/٢

(وإنْ وطِئَها) أي الجاريةَ المشتراةَ شِراءً فاسِدًا **(لم يُحَدَّ)** وإنْ عَلِمَ الفسادَ لِشُبْهَةِ

---

(١) (قوله : يضمَنُه ضَمانَ غَصبٍ) لو بَنَى المُشتري أو غَرَسَ فنَقَضَ المُستحِقُّ بناءَه أو قَلَعَ غِراسَه رَجَعَ بأرشِ النقصِ على الأصحِّ .

(٢) (قوله : بالمِثْلِ في المِثْليِّ) هذا ما نَصَّ عليه الشافعيُّ وإن صحَّحَ الماورديُّ أنَّه يُضمَنُ بقيمَته أيضًا ، وادَّعَى في البحرِ أنَّه لا خلافَ فيه عَلَّله بأنَّ المِثْليَّ إنَّما يُضمَنُ بالمِثْلِ إذا لَم يُقبَض على جِهَةِ المُعاوضَةِ فإن قُبِضَ بها فلا لأنَّه لَم يضمَنه وقت القبضِ بالمِثْلِ ا هـ ، وجَوابُه أنَّ ضَمانَه بالعِوضِ قد زالَ بالفسخِ فصارَ كما لو لَم يرِد عليه عَقدٌ .

(٣) (قوله : وليس له حَبسُه لاستردادِ الثمَنِ) ينبَغي أن يكونَ موضِعُ المنعِ إذا لَم يخَف فوت الثمَنِ كما قالوه في البيعِ الصَّحيحِ وإلا فله الحبسُ لا سيَّما إذا جَهِلَ فسادَ البيعِ وأن لا يكونَ تصَرُّفُه مَبنيًّا على الاحتياطِ فلو باعَ الوليُّ لِلطِّفْلِ فاسِدًا وأقبَضَ الثمَنَ فله الحبسُ لاستردادِه لِبناءِ تصَرُّفِه على المصْلَحةِ .

(٤) (قوله : وبأنَّ التوجيهَ إنَّما هو من القائِلِ) أشارَ إلى تصحيحِه ز .

(تنبيهٌ) : لو قال البائِعُ لِلمُشتري شِراءً فاسِدًا أعتقه فأعتقَه بإذنِه لا يُعتقُ جَزَمَ به الماورديُّ في كِتاب الصُّلحِ ، وينبَغي تنزيلُه على الجاهِلِ بفسادِه أمَّا لو عَلِمَ فيُعتقُ ر والقِياسُ أنَّه يُعتقُ وإن جَهِلَ البائِعُ فسادَ البيعِ كما لو قال المالِكُ لِلغاصِبِ أعتقه عَنِّي أو مُطلَقًا فأعتقه فإنَّه يُعتقُ ويبرأُ الغاصِبُ ، وقولُه : والقِياسُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

اختِلافِ العُلماءِ في حُصولِ المِلْكِ بذلك (إلا إنْ عَلِمَ) الفسادَ (والثَّمَنُ مَيْتَةٌ أو دَمٌ) أو نَحْوُهما مِمَّا لا يُمَلَكُ به أصلا فيُحدُّ ؛ لأنَّ الشِّراءَ بذلك لا يُفيدُ المِلْكَ عِنْدَ أحدٍ (لا خَمْرٌ) ونَحْوُه كخِنْزيرٍ لأنَّ الشِّراءَ به يُفيدُ المِلْكَ عِنْدَ أبي حَنيفةَ ، وأفادَ تعبيرُه بعَلِمَ أنَّ العِبْرَةَ بعِلْمِ المشتري وحدَه ، وهو ظاهرٌ فهو أولى من قولِ أصلِه إنْ كانا أي الواطِئُ والمَوْطوءَةُ عالِمَيْنِ [١] وأُلحِقَتِ الميْتةُ هنا بالدَّمِ ، وفي الخُلْعِ والكِتابةِ بالخمرِ لأنَّ النَّظَرَ ثَمَّ إلى وُرودِ العقْدِ على مَقْصودٍ ، والميْتةُ مَقْصودَةٌ لإطعامِ الجوارِحِ ، والنَّظَرُ هنا إلى ما يقولُ الحنَفيُّ أنَّ الشِّراءَ به يُفيدُ المِلْكَ وعِنْدَه الميْتةُ كالدَّمِ في عَدَمِ إفادَةِ المِلْكِ بالشِّراءِ بها ذَكَرَه في المهمَّاتِ ، (وحَيْثُ لا حدَّ يجِبُ المهْرُ) ولا عِبْرَةَ بالإذْنِ الذي يتضَمَّنُه التمليكُ الفاسِدُ .

(فإنْ كانتْ) أيِ الأمَةُ (بكرًا فمَهْرُ بكرٍ) لِلتَّمَتُّعِ بها وقياسًا على النِّكاحِ الفاسِدِ بجامعِ التوصُّلِ إلى الوطْءِ بعَقْدٍ فاسِدٍ (وأرْشُ البَكارَةِ) [٢] لإتْلافِها بخِلافِه في النِّكاحِ الفاسِدِ [٣] ؛ لأنَّ فاسِدَ كُلِّ عَقْدٍ كصَحيحِه في الضَّمانِ وعَدَمِه ، وأرشُ البَكارَةِ مَضْمُونٌ في صَحيحِ البيعِ دون النِّكاحِ إذْ لو أزالَ المشتري بَكارَتَها بوطْءٍ أو غيرِه في البيعِ الصَّحيحِ ثُم اطَّلَعَ على عَيْبٍ لم يكنْ له الرَّدُّ بغيرِ أرشِ البَكارَةِ ، ولو أزالها بأُصْبُعِه في النِّكاحِ الصَّحيحِ ثُم طَلَّقَها لا شيءَ عليه .

وما تقَرَّرَ من إيجاب مَهرِ بكرٍ لا يُخالِفُ ما في الغصْب من أنَّه لو اشترَى بكرًا مَغصوبَةً ووطِئَها جاهلا لَزِمَه مع أرشِ البَكارَةِ مَهرُ ثَيِّبٍ لِوُجودِ العقْدِ المختلَفِ في حُصولِ المِلْكِ به هنا كما في النِّكاحِ الفاسِدِ بخِلافِه ثَمَّ [٤] (فإنْ أحبَلَها ضَمِنَ ما يحدُثُ منه) أيْ من إحبالِها حتّى لو ماتتْ بالطَّلْقِ ولو بعدَ عَوْدِها إلى مالِكِها لَزِمَه قيمَتُها .

---

(١) (قوله : أي الواطِئُ والموطوءَةُ عالِمَيْنِ) وجَبَ الحدُّ أي على كُلٍّ منهما فهي أفْيَدُ كا ز .

(٢) (قوله : وأرشُ البكارَةِ) إنَّما وجَبا لاختلافِ سَبَبِهما لأنَّ المهرَ في مُقابَلَةِ الاستمتاعِ والأرشَ في مُقابَلَةِ الاستهلاكِ ز .

(٣) (قوله : بخلافِه في النِّكاحِ الفاسِدِ) ما ذكرَه كالزَّرْكَشيِّ وابنِ العِمادِ من كونِ أرشِ البكارَةِ لا يُضمَنُ في النِّكاحِ الفاسِدِ بل الواجِبُ مَهرُ بكرٍ فقَطْ هو وجهٌ والأصحُّ وُجوبُ مَهرِ مِثلِ ثَيِّبًا وأرشِ بَكارَةٍ .

(٤) (قوله : بخلافِه ثَمَّ) قال شيخُنا : فالعقدُ شَبَهُه بالعقدِ وإنْ فسَدَ أقرَبُ فهذا وجه الإلحاقِ لا أنَّ الغاصِبَ أحقُّ بالتغليظِ فيكونُ المُناسِبُ فيه مَهرَ بكرٍ وأرشَ بَكارَةٍ .

(والولَدُ) حَيثُ لا حدَّ **(حُرٌّ)** نَسيبٌ لِلشُّبهَةِ **(ولا تصيرُ به)** الأمَةُ **(أُمَّ ولَدٍ)** وإنْ مَلَكها بعدُ لأنَّها لم تكن مِلكَه حالَةَ العُلُوقِ **(وعليه قيمَتُه)** لِتفويتِه رِقَّه على مالِكِه ، نَعَم إنْ كان البائعُ عالِمًا بالفسادِ فهو غارٌّ ، فلا يغرَمُ له المشتري القيمَةَ لأنَّه لو غرِمَها له لَرجع بها عليه لكونِه غارًّا ، ذكَرَه ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه ، وتُعتبَرُ قيمَتُه **(يومَ الولادَةِ)** لأنَّه أولُ إمكانِ تقويمِه وإنَّما يلزَمُه قيمَتُه **(إنْ خرج حَيًّا لا)** إنْ خرج **(مَيِّتًا)** بغيرِ جنايةٍ [1] **(ولا يرجِعُ بها)** إذا غرِمَها على البائعِ **(بخِلافِ ما لو اشترَى)** أمَةً **(بصيغَةٍ صَحيحَةٍ)** واستولَدَها **(فخرجتْ مُستحَقَّةً فإنَّه يرجِعُ بقيمَةِ الولَدِ على البائعِ)** لأنَّه غرَّه ، وقولُه من زيادَتِه بصيغَةٍ صَحيحَةٍ لا حاجَةَ إليه بل رُبَّما يكونُ مُضِرًّا **(وإنْ مات بجِنايةٍ فالغُرَّة)** على عاقِلَةِ الجاني **(للمُشتري وعليه للمالِكِ الأقَلُّ من قيمَتِه مَوْلُودًا)** أيْ يومَ الوِلادَةِ **(و)** مِنَ **(الغُرَّةِ** [2] **، وللمالِكِ مُطالَبَةُ)** مَنْ شاءَ من **(الجاني والمشتري)** وسَيأتي في الغصب ما له بهذا تعَلُّقٌ .

(فرعٌ : بيعُه ما اشتراه فاسِدًا) كبيعِ الغاصِبِ المغصوبَ فلا يصِحُّ ويلزَمُه رَدُّه لِمالِكِه ، **(وللمالِكِ مُطالَبَةُ المشتري الأولِ بما نَقَصَ في يدِ الثاني)** كما يُطالِبُه بما نَقَصَ في يدِه ، **(و)** له **(مُطالَبَةُ الثاني أيضًا)** بذلك **(لا بما نَقَصَ قبلَ قبضِه)** لأنَّه لم يدخُلْ في ضَمانِه **(والقَرارُ)** فيما يُطالِبُ به كُلًّا منهما **(على الثاني إنْ تلِفَ)** في يدِه لِحُصولِ التلَفِ فيها ، وكُلُّ نَقصٍ حدَثَ في يدِه يُطالَبُ به الأولُ ويرجِعُ به على الثاني ، وكذا حُكمُ أُجرَةِ المِثلِ .

(فصلٌ : لو حَذَفا) أيِ العاقِدانِ **(المفسِدَ للعَقْدِ)** ولو **(في مَجلِسِ الخيارِ لم ينقَلِبْ صَحيحًا)** إذ لا عِبْرَةَ بالفاسِدِ **(ولو زادا أو نَقَصا في الثمَنِ أو المثمَّنِ)** [3] ولو في السَّلَمِ **(أو أحدَثا أجَلا أو خيارًا)** ابتِداءً أو زيادَةً **(أو شرطًا فاسِدًا أو صَحيحًا في مُدَّةِ الخيارِ)** أيْ خيارِ المجلِسِ أو خيارِ الشرطِ **(التُحِقَ)** كُلٌّ منها **(بالعقْدِ)** أيْ بالمقترِنِ به ، وكذا حَطُّ بعضِ ما ذُكِرَ إذْ مَجْلِسُ العقْدِ كنفسِ العقْدِ ،

---

(١) (قولُه: لا إنْ خَرجَ مَيِّتًا بغيرِ جِنايةٍ) أي بلا خلافٍ كما قاله الإمامُ وحَكوا في الغصب وجهًا أنَّه يُضمَنُ ولَمْ يُجْروه هنا لِتعَدِّيه .

(٢) (قوله : الأقلُّ من قِيمَتِه مولودًا ومن الغُرَّة) وإنَّما ضَمِنَ الغاصِبُ أو المُشتري منه بعُشرِ قِيمَةِ أُمِّه وهي أكثرُ من قِيمَةِ يومِ وِلادَتِه مَيِّتًا تغليظًا عليه ،أمَّا الغاصِبُ فلِتعَدِّيه وأمَّا المُشتري منه فلابتِناءِ يدِه على يدِها ديةٌ .

(٣) (قوله : ولو زادا أو نَقَصا في الثمَنِ والمُثمَّنِ إلخ) أي في غيرِ ما تُشترَطُ فيه المُماثَلَةُ .

ولهذا صَلحَ لِتعيِينِ رَأْسِ مالِ السَّلمِ وعِوضِ الصَّرفِ ، وقيسَ بخيارِ المجلِسِ خيارُ الشرطِ (١) بجامِعِ عَدَمِ الاستِقرارِ ، وقد يحتاجُ في تقَرُّرِ العقْدِ إلى هذِه الأُمُورِ ، ولا يتقَيَّدُ ذلك بالعاقِدَيْنِ بل الموكِّلُ ومَن انتقَلَ إليه الخيارُ كذلك ، وبه صرَّحَ ابنُ الصَّبَّاغِ في الوارِثِ بالنِّسبَةِ لِزيادَةِ الثمَنِ ، وبه يُقاسُ غيرُه ، أمَّا بعدَ اللُّزومِ فلا يُلْتحَقُ بالعقْدِ شيءٌ من ذلك وإلا لَوجَبَتِ الزِّيادَةُ بعدَه على الشفيعِ كما تجِبُ عليه قبله .

* * *

(١) (قوله : وقِيسَ بخيارِ المجلِسِ خيارُ الشرطِ) قال الكوهكيلوني : فيه شيءٌ لأنَّه لا يجوزُ شرطُ خيارِ ثلاثةِ أيَّامٍ في أثناءِ ثلاثةِ أيَّامٍ ولَفظُه يدُلُّ على الجوازِ .

(القِسْمُ الثّاني من المناهي غيرُ المفْسِدِ)

(فيحـرُمُ الاحتِكـارُ) لِلتَّضيِيـقِ عـلى النَّـاسِ ، ولِخَبَرِ مُسْلِـمٍ «لا يحتكِـرُ إلا خاطِئٌ [(١)]» أيْ آثِمٌ [(٢)] (وهو إمساكُ ما اشتراه في وقْتِ الغلاءِ) بالمدّ (لا) في / وقْتِ (الرُّخصِ ليبيعَه) بأكثَرَ مِمَّا اشتراه به عِندَ اشتِدادِ الحاجَةِ كما ذَكَرَه الأصلُ ، بخِلافِ إمساكِ ما اشتراه في وقْتِ الرُّخصِ لا يحـرُمُ مُطْلَقًا (ولا) إمساك (غَلَّةِ ضَيْعَتِه) ولا ما اشتراه في وقْتِ الغلاءِ لِنفسِه [(٣)] وعيالِه أو ليبيعَه بِمِثْلِ ما اشتراه به أو بأقَلَّ (لكن في كراهَةِ إمساكِ ما فضَلَ عنه) أيْ عَمَّا يكفيه وعياله سَنَةً (تَرَدُّدٌ) أيْ وجهـانِ ، الظَّاهرُ منهمـا [(٤)] المنعُ لكـن الأَوْلى بيعُـه كما صرّحَ بـه الأصـلُ ، (ويختصُّ) تحريمُ الاحتِكارِ (بالأقواتِ [(٥)] ومنها التمرُ والزَّبيبُ) والذُّرَةُ والأُرزُ فلا يعُمُّ جَميعَ الأطعِمَةِ (ويحرُمُ التسعيرُ) بأنْ يأمُرَ الوالي السُّوقَةَ أنْ لا يبيعوا أمتِعَتَهم إلا بسِعرِ كذا (ولو في) وقْتِ (الغـلاءِ) لِلتَّضيِيـقِ على النَّـاسِ في أموالِهم [(٦)] ، ولأنَّ السِّعرَ غَلا على عَهْدِه ﷺ فقالُوا : يا رَسولَ الله ، سَعِّر لَنا فقال : «إنَّ اللهَ هو المسَعِّرُ القابضُ الباسِطُ الرَّزَّاقُ وإنِّي لأرجـو أنْ ألقَى رَبِّي وليس أحدٌ منكم يطلُبُني بمَظْلِمَةٍ بدَمٍ ولا مالٍ» رواه التِرمِذيُّ وصحّحه [(٧)] .

٣٨/٢

---

(١) مسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، حديث (١٦٠٥) .

(٢) (قوله : «لا يحتكِرُ إلا خاطِئٌ») وقال ﷺ: «الجالِبُ مَرزوقٌ والمحْتكِرُ مَلعونٌ» .

(٣) (قوله : ولا ما اشتراه في وقت الغلاءِ لِنفسِه إلخ) ولا ما اشتراه وقت الغلاءِ طالِبًا لِربحِه ولَم يُمسِكْه كما صَرَّحَ به الماورديُّ وغيرُه .

(٤) (قوله : وجهانِ الظَّاهرُ منهما إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ويختصُّ تحريمُ الاحتكـارِ بالأقوات إلخ) قال القاضي حُسَيْنٌ : إنَّ الثِّيابَ إذا كان النـاسُ يحتاجونَ إليها لِشِدَّةِ البردِ غايةَ الاحتياجِ أو لِسَترِ العورَةِ يُكرَه لـه الإمساكُ فإن أرادَ كَراهَةَ التحريمِ فظاهرٌ ، وهو موافِقٌ لِما قُلته من أنَّه ينبَغي أنْ يجْعَلوه في كُلِّ ما يُحتاجُ إليه غالِبًا من المطعومِ والملبوسِ كما قالوا مِثلَ ذلك في بَيْعِ حاضِرٍ لِبادٍ وإنْ أرادَ كَراهَةَ التنزيه فبَعيدٌ .

(٦) (قوله : لِلتَّضييقِ على الناسِ في أموالِهم) وليس المُشتري بأولى من البائِعِ بالنظَرِ في مَصلَحَته فإذا تقابَلَت المصلَحَتانِ فليُمَكَّنا من الاجتهادِ لأنفُسِهما .

(٧) الترمذي (٦٠٥/٣) كتاب البيوع ، باب في التسعير ، حديث (١٣١٤) ، ورواه أيضًا ....=

وقَضيَّةُ كلامِه كالأصلِ [١] أنَّ ذلك لا يختصُّ بالأطعِمَةِ وعلفِ الدّوابِّ وهو ظاهرٌ **(فلو سَعَّرَ الإمامُ عُزِّرَ مُخالِفُه)** الذي باعَ بأزيدَ مِمَّا سَعَّرَ لِما فيه من مُجاهَرَةِ الإمامِ بالمخالَفةِ **(وصَحَّ البيعُ)** إذ لم يعهَد الحجرُ على الشخصِ في مِلْكِه أن يبيعَ بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ وقيلَ لا يصِحُّ لأنَّه صارَ محجورًا عليه لِنَوْعِ مَصلحَةٍ كما يُحجَرُ على المبَذِّرِ ، وظاهرُ كلامِ الأصلِ ما فهِمَه المختصَرُ وغيرُه أنَّ التعزيرَ مُفرَّعٌ على تحريمِ التسعيرِ قال الأذرَعيُّ : وهو بعيدٌ ، وقَضيَّةُ كلامِ القاضي أنَّه مُفرَّعٌ على جوازِه ، قال الزَّركشيُّ : وبه جَزَمَ ابنُ الرِّفعَةِ فإنْ قُلْنا بالأصَحِّ لم يُعَزَّر ، ويُحتمَلُ خِلافُه لِما فيه من مُخالَفةِ الإمامِ انتهى .

(فصلٌ : ويحرُمُ بيعُ حاضِرٍ لِبادٍ) [٢] لِخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ «لا يبع حاضِرٌ لِبادٍ [٣]» زادَ مُسلِمٌ «دَعوا النَّاسَ يرزُقُ الله بعضَهم من بعضٍ [٤]» والمعنَى فيه التضييقُ على النَّاسِ **(ولا يبطُلُ)** وإنْ كان مُحَرَّمًا لِرُجوعِ النَّهيِ فيه إلى مَعنًى يقترِنُ به **(وهو)** أيْ بيعُ الحاضِرِ للبادي **(أنْ يمنَعَه)** أيِ الحاضِرُ الباديَ **(من بيعِه)** أيْ بيعِ مَتاعِه بأنْ يأمُرَه بتركِه عِندَه **(ليبيعَه له تدريجًا)** بثَمَنٍ غالٍ **(والمبيعُ مِمَّا تعُمُّ الحاجَةُ)** أيْ حاجَةُ أهْلِ البَلَدِ **(إليه)** سواءٌ أكان المتاعُ قوتًا أم لا ظَهَرَ ببيعِه سِعَةٌ في البَلَدِ أم لم تظهَر لِقِلَّتِه أو لِعُمومِ وُجودِه ورُخصِ السِّعرِ أو لِكِبَرِ البَلَدِ **(لا إن التمسَه البَدَويُّ منه)** بأنْ قال له ابتِداءً أترُكُه عِندَك لِتبيعَه بالتدريجِ ولا إن انتفى عُمُومُ الحاجَةِ إليه

= أبو داود (٣/٢٧٢) حديث (٣٤٥١) ، وابن ماجه (٢/٧٤١) حديث (٢٢٠٠) جميعًا عن أنس مرفوعًا .

(١) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِه كالأصلِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ويَحرُمُ بَيْعُ حاضِرٍ لِبادٍ) قال في الرَّوضَةِ : ولِتحريمِه شُروطٌ : أحدُها أن يكونَ عالِمًا بالنهيِ فيه ، وهذا شرطٌ في جَميعِ المناهي ا هـ ، فدَخَلَ فيه النجْشُ وغيرُه وكَتبَ أيضًا : والإثمُ على الحاضِرِ خاصَّةً كما نَقَلَه في زيادَةِ الرَّوضَةِ عن القفَّالِ واستُشكِلَ بأنَّ الأصحَّ أنَّه يحرُمُ على المرأةِ الحلالِ تمكينُ المُحْرِمِ من الوطءِ لأنَّه إعانَةٌ على مَعصيةٍ ، فينبَغي أن يكونَ هذا مِثلَه وفيه نَظَرٌ ، فإنَّ المُتَّجَهَ أنَّه إنَّما يحرُمُ الإرشادُ فقَطْ لأنَّ التضييقَ إنَّما يحصُلُ به دونَ البيعِ لا سيَّما إذا صَمَّمَ المالِكُ على ما أشارَ به حتى لو لَمْ يُباشِره المُشيرُ عليه باشَرَه غيرُه .

(٣) البخاري ، كتاب البيوع ، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ؟ ... ، حديث (٢١٥٨) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الحاضر للبادي ، حديث (١٥٢١) ، كلاهما عن ابن عباس مرفوعًا .

(٤) مسلم ، في الكتاب والباب السابقين ، حديث (١٥٢٢) عن جابر مرفوعًا .

كأن لم يحتجْ إليه إلا نادرًا أو عمَّت ، وقَصَدَ البَدَوِيُّ بيعَه بالتدريجِ فسأله الحاضِرُ أن يُفوِّضَه إليه أو قَصَدَ بيعَه بسِعرِ يومِه ، فقال له اترُكه عِندي لأبيعَه كذلك لا يحرُمُ لأنَّه لم يضُرَّ بالنَّاسِ ولا سَبيلَ إلى مَنعِ المالِكِ منه لِما فيه من الإضرارِ به ، (وإن استشارَه) البَدَوِيُّ فيما فيه حَظُّه (ففي وُجوب إرشادِه) إلى الادِّخارِ والبيعِ بالتدريجِ (وجهانِ) : أحدُهما نعَم بَذلا لِلنَّصيحَةِ [(١)] ، والثَّاني لا توسيعًا على النَّاسِ [(٢)] ، قال الأذرَعِيُّ : والأولُ أشبَه وكلامُ الأصلِ يميلُ إليه (ولو قَدِمَ) البادي يُريدُ الشِّراءَ فتعَرَّضَ له حاضِرٌ يُريدُ أن يشتري له رَخيصًا وهو المسَمَّى بالسِّمسارِ فهل يحرُمُ عليه كما في البيعِ ؟ [(٣)] تـرَدَّدَ فيـه في المطْلَـب ، واختـارَ البُخـاريُّ المنعَ [(٤)] ، وقـال الأذرَعيُّ : ينْبَغي الجزمُ به [(٥)] ، والحاضِرُ ساكِنُ الحاضِرَةِ وهي المدُنُ والقُرَى والرِّيفُ وهـو أرضٌ فيهـا زَرعٌ وخِصْـبٌ ، والبـادي سـاكِنُ الباديـةِ وهي خِـلافُ الحـاضِرَةِ ، والتعبيرُ بالحاضِرِ والبادي جَرَى على الغالِب والمرادُ أيُّ شَخصٍ كان .

(و) يحرُمُ (تلقِّي الرُّكبانِ ليشتري منهـم) [(٦)] قَطعًا (وكـذا البيعُ) منهم (في أحدِ الوجهَينِ [(٧)] قبلَ دُخولِ البلَدِ) [(٨)] قال/ ﷺ «لا تلَقَّوا الرُّكبانَ للبيعِ» رواه ٣٩/٢

---

(١) (قوله : أحدُهما نَعَم بَذلا لِلنَّصيحة) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : والثاني لا توسيعًا على الناسِ) وكان المُرادُ أنَّه يسكُتُ لا أنَّه يكذِبُ ويُخبِرُ بخلافِ نَصيحَته .

(٣) (قوله : فهل يحْرُمُ عليه كما في البيعِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : واختارَ البُخاريُّ المنْعَ) جَزَمَ به ابنُ يونُس في شرحِ الوجيزِ وفسَّرَ ابنُ عبَّاسٍ النهيَ به ، وتفْسيرُ الرَّاوِي يَرجِعُ إليه عندَنا ، وقد ورَدَ النهْيُ عنه في سُنَنِ أبي داوُد .

(تنْبيهٌ) : فات الإرشادُ والحاوِي شرطٌ آخَرُ ، وهو أن يكونَ الجالِبُ غيرَ قادِمٍ لِوطَنِه وعنه احترَزَ المنهاجُ بقولِه غَريبٌ خلافًا لِمَن قال من شارِحيه : إنه لا مَفهومَ له فكان ينْبَغي لِلإرشادِ تقييـدُ القـادِمِ بالغريب أت وقـال الـزَّركَشيُّ : ومـن الشُّروطِ أن يكـونَ القـادِمُ غيرَ داخـلٍ لِوطَنِـه ، ذكرَه الـدَّارِميُّ ، وهو قَضيَّةُ تعبـيرِ المُصَنِّفِ بالغريب خلافًا لِمَن قـال عَبَّرَ به على الغالِب .

(٥) (قوله : ينْبَغي الجزمُ به) أي التحريمِ وقال جَمعٌ مُتأخِّرونَ : إنَّ الأصحَّ الجوازُ .

(٦) (قوله : ليشتري منهم) مَتاعًا .

(٧) (قوله : في أحدِ الوجهَينِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : قبلَ دُخول البلَدِ) ذكرُ البلَدِ مِثالٌ ، فلو كان الجالِبُ إلى مَحَلَّةٍ بالباديةِ أو إلى رَكْبٍ أو جَيْشٍ كان الحُكمُ كذلك ، فلو كانوا قاصِدينَ غيرَ مَكانِ المُتلَقِّي هل يكونُ الحُكمُ كَتلَقِّي .....=

الشيخان [١] وفي رِوايةٍ للبُخاريِّ «لا تلقَّوْا السِّلَعَ حتّى يُهْبَطَ بها إلى الأسْواقِ فمَن تلَقاها فصاحِبُ السِّلْعَةِ بالخيارِ [٢]» والمعنَى فيه غَبْنُهم سواءٌ أخبَرَ المشتري في الأُولى أو البائِعَ في الثّانيةِ كاذِبًا أم لم يُخبِر .

والوجه الثّاني لا يحرُمُ البيعُ منهم وصحّحه الأذْرَعيُّ تبعًا لابنِ أبي عَصْرونٍ ثُمّ قال وفيه وقْفةٌ للمعنى السّابقِ ولِخَبَرِ «دَعوا النَّاسَ يرزُقُ الله بعضَهم من بعضٍ [٣]» ، وقال الزَّركشيُّ : ينْبَغي أنْ يكونَ الرَّاجِحُ التحريمَ نَظَرًا للمعنى كما هو الرَّاجِحُ فيما إذا لم يقصِد التلقِّي وخرج بقبلِ دُخولِ البَلَدِ التلقِّي بعدَ دُخولِه فلا يحرُمُ لِمَفْهومِ الخبَرِ ؛ ولأنّه إنْ وقَعَ لهم غَبْنٌ فالتقْصيرُ منهم لا من المتلقِّينَ **(ويصِحُّ)** كُلٌّ من الشِّراءِ والبيعِ وإن ارتكبَ مُحَرَّمًا لِما مَرَّ في بيعِ حاضِرٍ لِبادٍ ، **(ولهم بعدَ الدُّخولِ)** [٤] للبَلَدِ الأَولى بعدَ عِلْمِهم بالسّعرِ **(الخيارُ [٥] فورًا إن غُبِنُوا)** للخَبَرِ إلا في الفوْرِ فقياسًا على خيارِ العيْب **(ولو التمَسوا البيعَ منه)** ولو مع جَهْلِهم بالسّعرِ **(أو لم يُغْبَنُوا)** كأَنْ اشتراه منهم بسِعرِ البَلَدِ أو أكثَرَ أو بدونِه وهم عالِمُونَ به **(فلا خيارَ لهم)** لانتِفاءِ المعنَى السّابقِ ، ويُؤْخَذُ من كلامِهم أنّه لا يأْثَمُ وهو ظاهرٌ إذ لا تغريرَ ، وكذا لا خيارَ لهم إذا كان التلقِّي بعدَ دُخولِ البَلَدِ ولو خارِجَ السُّوقِ لإمكانِ مَعرفتِهم

= قاصِديه أم لا ؟ الأوفقُ : لا ؛ لإطْلاقِ الحديثِ نَعَم والأقربُ إلى كلامِهم لا ، ولَم أرَ فيه نَصًّا أوفقَ ، وذكْرُ الرُّكْبانِ مِثالٌ فلو تلَقَّى جالِبًا واحدًا كان الحُكْمُ كذلك ، ولو كانوا قاصِدينَ بَلَدًا آخَرَ غيرَ بَلَدِ المُتلقِّي هل الحُكْمُ كما لو كانوا قاصِدينَ بَلَدَه أم لا ؟ قال السُّبكِيُّ : لَم أرَ فيه نَصًّا والأوَّلُ أوفقُ لِلحَديثِ وظاهرُ قولِهم البلَدَ يُشعِرُ بأنَّ المُرادَ بَلَدُ المُتلقِّي ، قال الأذْرَعيُّ في توسُّطِه : والصَّحيحُ الأوَّلُ وسَيأتي ما يُؤَيِّدُه .

(١) البخاري ، كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر ... ، حديث (٢١٥٠) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، حديث (١٥١٥) ، كلاهما عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٢) البخاري ، كتاب البيوع ، باب النهي عن تلقي الركبان ... ، حديث (٢١٦٥) عن ابن عمر مرفوعًا بلفظ «لا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق» .

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه .

(٤) (قوله : ولهم بعدَ الدُّخولِ) التعبيرُ به جَرَى على الغالِب .

(٥) (قوله : الخيارُ فورًا إلخ) يُعذَرُ في دَعوى جَهْلِه بالخيارِ وبأنَّه على الفورِ إذا كان مِمَّن يخفَى عليه ، قال القاضي أبو الطَّيِّب : لو تمَكَّنَ من الوُقوفِ على الغبنِ واشتغَلَ بغيرِه فكَعِلمِه بالغبنِ ويبطُلُ خيارُه بتأخيرِ الفسخ .

الأسعارِ من غيرِ المتلقِّينَ ، لكنَّ ظاهرَ الخبَرِ يقتضي خِلافَه ، وقد يُقالُ يُوافِقُه قولُ ابنِ المنذِرِ وجَماعَةٍ أنَّه يحرُمُ (١) التلقِّي خارِجَ السُّوقِ ، ويُمنَعُ بأنَّه لا يلزَمُ من التحريمِ ثُبوتُ الخيارِ ؟ ولو لم يعرِفوا الغبْنَ حتّى رَخُصَ السّعرُ وعادَ إلى ما باعوا به فهل يثبُتُ الخيارُ وجهانِ في البَحرِ وغيرِه مَنشَؤُهما اعتِبارُ الابتِداءِ أو الانتهاءِ ، وكلامُ الشاشيِّ يقتضي عَدَمَ ثُبوتِه ، والأوجَه ثُبوتُه وهو ظاهرُ الخبَرِ ، وإليْه مَيْلُ الإسْنَويِّ في شرحِ المنهاجِ ، وقد يُقالُ الأوجَه عَدَمُ ثُبوتِه (٢) كما في زَوالِ عَيْبِ المبيعِ ، ويُجابُ بأنَّ المقْتضي وأثرَه زالا ثَمَّ وهنا وإنْ زالا أثرُه لم يَزَلْ هو مع أنَّه لم يحصُلْ إلا بمُحَرَّمٍ **(ويعصي بالشِّراءِ ولو لم يقصِدِ التلقِّي)** كأنْ خرج لِصَيْدٍ أو غيرِه فرآهم فاشترَى منهم لِشُمُولِ الخبَرِ والمعنَى لِذلك .

(وكذا) يحرُمُ **(السَّوْمُ على سوْمِ أخيه)** لِخَبَرِ «لا يسومُ الرَّجُلُ على سوْمِ أخيه (٣) (ص)» وهو خَبَرٌ بمعنى النَّهيِ ، والمعنَى فيه الإيذاءُ ، وذِكرُ الأخِ ليس لِلتَّقْييدِ بل لِلرِّقَّةِ والعطفِ عليه (٤) فالكافِرُ كالمسلِمِ في ذلك **(وهو أنْ يزيدَ عليه)** في ثَمَنِ ما يُريدُ شِراءَه **(بعدَ استِقْرارِ الثَّمَنِ)** (٥) بالتراضي صَريحًا وقبلَ العقْدِ **(أو يُخرِجُ للمُشتري أرخَصَ)** مِمَّا يُريدُ شِراءَه أو يرغَبُ مالِكُه في استِرْدادِه ليشتريه منه بأكثَرَ **(ولو لم يُصَرِّح له)** المالِكُ **(بالإجابَةِ)** بأنْ عَرَّضَ بها أو سَكتَ أو كانتِ الزِّيادَةُ قبلَ استِقْرارِ الثَّمَنِ بأنْ كان المبيعُ إذْ ذاك يُنادَى عليه لِطَلَبِ الزِّيادَةِ **(لم يحرُم)** ذلك .

(فإنْ أخرَجَ) آخَرُ للمُشتري **(الأرخَصَ أو زادَ في الثَّمَنِ بعدَ العقْدِ وقبلَ**

---

(١) (قوله : وجَماعَةٌ أنَّه يحْرُمُ) أشارَ إلى تصحيحِه قال شيخُنا : هذا والأوجَه حَمْلُه على ما قبلَ تمكُّنِهم من مَعرِفةِ السِّرِّ ويظهَرُ حينَئِذٍ ثُبوتُ الخيارِ لهم ، ويُحمَلُ قولُهم أنَّه لا خيارَ حيثُ اشترَى منهم بعدَ دُخولِهم البلدَ على ما إذا أمكنَهم مَعرِفةُ الحالِ أخذًا من العِلَّةِ .

(٢) (قوله : وقد يُقالُ الأوجَه عَدَمُ ثُبوته) هو الأصحُّ لأنَّه لَم يفُتْ عليهم شيءٌ ورَجَّحَه جَماعَةٌ من المتأخِّرينَ كالغزِّيِّ وابنِ قاضي شُهبَةَ وابنِه .

(٣) رواه البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الطلاق ، حديث (٢٧٢٧) بإسناده عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن التلقي ... وأن يستام الرجل على سوم أخيه ...» ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سوم أخيه ... ، بلفظ «لا يَسُمِ المسلمُ على سوم أخيه» حديث (١٥١٥) .

(٤) (قوله : بل لِلرِّقَّةِ والعطفِ عليه) ولِلجَرْيِ على الغالِب .

(٥) (قوله : بعدَ استقرارِ الثمَنِ) أطلَقَ الثمَنَ فشَمِلَ ثَمَنَ المِثْلِ ودونَه وفوقَه .

(اللُّزومِ) بأنْ كان في زَمَنِ خيارِ المجلِسِ أو خيارِ الشرطِ قال الإسْنَوِيُّ [١] : أو بعدَ اللُّزومِ [٢] ووجَدَ بالمبيعِ عَيْبًا ولم يكن التأخيرُ مُضِرًّا **(فهو)** في الأولِ **(بيعٌ على بيعِه)** أيْ على بيعِ أخيـه ، **(و)** في الثاني **(شِراءٌ على شِرائِـه)** ، والضَّابطُ في الأولِ أنْ يرغَبَ المشتري في الفسخِ في زَمَنِ الخيارِ ليبيعَه خيرًا منه بمِثلِ ثَمَنِه أو مِثلِه بأقَلَّ [٣] ، وفي الثاني أن يرغَبَ البائعُ في الفسخِ في زَمَنِ الخيارِ ليشتريـه منـه بأكثَرَ [٤] **(وكِلاهمـا حَـرامٌ ولـو رَآه)** أيِ المشتري في الأولِ والبائعُ في الثاني **(مَغبونًا)** [٥] لِخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ «لا يبع بعضُكُم على بيعِ بعضٍ [٦]» زادَ النَّسائِيّ «حتّى يبتاعَ أو يذَرَ [٧]» . ولِخَبَرِ مُسلِمٍ «المؤمِنُ أخو المؤمِنِ فلا يحِلُّ للمُؤمِنِ أنْ يبتاعَ على بيعِ أخيه ولا يخطُبَ على خِطبَةِ أخيه حتّى يذَرَ [٨]» والمعنَى فيهما الإيذاءُ وذِكرُ المؤمِنِ ليس لِلتَّقْييدِ بل لأنَّه أسْرَعُ امتِثالا .

وفي **(معنى)** البيعِ على البيعِ ما نَصَّ عليه الشافعيُّ من نَهْيِ الرَّجُلِ أن يبيعَ المشتري في مَجْلِسِ العقدِ سِلْعَةً مِثلَ التي اشتراها خَشيةَ أن يرُدَّ الأُولى ، وظاهِرٌ أنَّ
٤٠/٢ خيارَ الشرطِ فيما قاله كخيارِ المجلِسِ وألحَقَ الماورديُّ بالشِّراءِ [٩]/ على الشِّراءِ طَلَبَ السِّلْعَةِ من المشتري بزيادَةِ رِبْحٍ والبائِعِ حاضِرٌ لأدائِه إلى الفسخِ أو النَّدَمِ **(إلا أنْ**

---

(١) (قوله : قال الإسنَوِيُّ) أي وغيرُه .
(٢) (قوله : أو بعدَ اللُّزومِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .
(٣) (قولـه : أو مِثلُه بأقلَّ) قَضِيَّةُ قولِه مِثلُه أنَّه لو باعَه من جِنسٍ آخَرَ جازَ وبه صَرَّحَ الدَّارِمِيُّ قـال : لا أن يستغني بـه عـن الأوَّلِ ، وهـو ظـاهرٌ ر . وقولُـه إلا أنْ يستغني أشـارَ إلى تصحيحِه .
(٤) (قوله : ليشتريه منه بأكثرَ) شَمِلَ ما لو طَلَبَ المبيعَ من البائِعِ بذلَ الثمَنِ وما لو قال لو فسَخت البيعَ لاشترَيْته بأزيدَ وما لو قال : ثَمَّ راغِبٌ فيه بزيادَةٍ .
(٥) (قولـه : وكِلاهمـا حَـرامٌ ولـو رَآه مَغبونًـا) قـال السُّـبكِيُّ : أمَّا تعريفُـه فينبَغي أن يجوزَ لأنَّـه نَصيحةٌ ، والحديثُ غيرُ مانِعٍ منه ، وقال الأذرَعِيُّ : ينبَغي أن يجِبَ إعلامُه بالحالِ كما في العيبِ بل ما نحنُ فيه أولى بالإيجاب ، وقولُه : قال السُّبكِيُّ أشارَ إلى تصحيحِه .
(٦) سبق تخريجه .
(٧) النسائي (٢٥٨/٧) كتاب البيوع ، باب بيع الرجل على بيع أخيه ، حديث (٤٥٠٤) .
(٨) مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك ، حديث (١٤١٤) .
(٩) (قوله : وألحَقَ الماورديُّ بالشِّراءِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

أذِنَ له) البائعُ في الأولِ والمشتري في الثاني فلا تحريمَ لأنَّ الحقَّ لهما وقد أسقَطاه ولِمَفهومِ الخبَرينِ السَّابقَينِ ، هذا إنْ كان الآذِنُ مالِكًا فإنْ كان وليًّا أو وصيًّا أو وكيلا أو نحوه فلا عِبْرَةَ بإذنِه إنْ كان فيه ضَرَرٌ (١) على المالِكِ ذَكرَه الأذرَعيُّ (٢) ، قال ابنُ النَّقيب : وهل شرطُ التحريمِ تحقيقُ ما وعَدَ به من البيعِ والشِّراءِ ؟ يظْهَرُ اشتِراطُه على تعليلِ حُرمَةِ البيعِ على البيعِ والشِّراءِ على الشِّراءِ بالتسَبُّب إليهما دون تعليلِهما بكونِ ذلك إفسادًا للعَقْدِ الأولِ وفيما قاله نَظَرٌ ، والظَّاهرُ عَدَمُ اشتِراطِه مُطْلَقًا (٣) لِوُجودِ الإيذاءِ بكُلِّ تقديرٍ ، وقولُ المصنفِ : «ولو رَآه ....» إلى آخِره في الثاني من زيادَتِه .

* * *

---

(١) (قوله : فلا عِبرَةَ بإذنِه إنْ كان فيه ضَرَرٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ذكرَه الأذرَعيُّ) قال وينبَغي أنْ يكونَ موضِعُ الجوازِ مع الإذنِ إذا دَلَّت الحالُ على الرِّضا باطِنًا ، أمَّا إذا دَلَّتْ على أنَّه غيرُ راضٍ وإنَّما أذنَ ضَجِرًا أو حَنِقًا فلا ، وقولُه إذا دَلَّت الحالُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والظَّاهرُ عَدَمُ اشتراطِه مُطْلَقًا) أشارَ إلى تصحيحِه .

(والنَّجْشُ حَرَامٌ) لِلنَّهْيِ عنه في خَبَرِ الصَّحيحَيْنِ (١) ، والمعنَى فيه الإيذاءُ **(وهو أنْ يزيدَ في الثَّمَنِ بلا رَغْبَةٍ)** (٢) بل **(ليغُرَّ غيرَه)** وقَيَّدَ الإمامُ وغيرُه ذلك بالزِّيادَةِ على ما يُساوِيه المبيعُ ، وقَضيَّتُه أنَّه لو زادَ عندَ نَقْصِ القيمَةِ ولا رَغْبَةَ له جازَ وكلامُ الأصحاب يُخالِفُه (٣) **(ولا خيارَ للمَغْرورِ)** وهو المشتري لِتفريطِه حَيْثُ لم يتأمَّلْ ولم يُراجِع أهْلَ الخِبْرَةِ ، **(وكذا لو واطَأه)** أي النَّاجِشُ **(البائعَ أو قال)** المالِكُ **(أعطَيْت)** في المبيعِ **(كذا فبانَ خِلافُه)** فلا خيارَ للمُشتري (٤) ، وفارَقَ ثُبوته بالتصْريةِ كما سيأتي بأنَّ التغريرَ ثَمَّ في نفسِ المبيعِ وهنا خارِجُه . **(والتحريمُ في جَميعِ المناهي شرطُه العِلْمُ)** بها **(إلا)** في **(النَّجْشِ)** (٥) لأنَّه خَديعَةٌ وتحريمُها مَعلُومٌ من العُمُوماتِ بِخِلافِ غيرِه كالبيعِ على بيعِ غيرِه ، إنَّما يُعرَفُ من الخبَرِ الوارِدِ فيه فلا يعرفُه مَنْ لا يعرِفُ الخبَرَ ، قال الرَّافعيُّ : ولَك أنْ تقولَ هو إضْرارٌ ، وتحريمُ الإضْرارِ مَعلُومٌ من العُمُوماتِ ، والوجه تخصيصُ التعصيةِ (٦) بمَنْ عَرَفَ التحريمَ بعُمُومٍ أو خُصوصٍ وأقَرَّه عليه النَّوويُّ وهو ظاهرٌ ، بل نَقَلَ البيهَقيُّ عن الشافعيِّ (٧)

---

(١) وذلك فيما رواه البخاري ، في كتاب البيوع ، باب لا يبيع على بيع أخيه ... ، حديث (٢١٤٠) بإسناده عن أبي هريرة قال : «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباء ، ولا تناجشوا ...» الحديث ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، حديث (١٥١٥) .

(٢) (قولُه وهو أن يزيدَ في الثمَنِ بلا رَغْبَةٍ) ينبَغي إذا كانت السِّلعَةُ ليتيمٍ ولَم تبلُغْ قِيمَتَها وهناكَ عارِفٌ ولا غَرَضَ له في شِرائِها أنَّه لا تَحرُمُ عليه الزِّيادَةُ حتى تبلُغَ قِيمَتُها د ، وقولُه أنْ لا تَحرُمَ أشارَ إلى تصحيحِه ، وقال شيخُنا : الأصحُّ الحُرمَةُ . (قولُه : ليغُرَّ غيرَه) الأجودُ حَذْفُ قولِه : ليغُرَّ غيرَه ؛ لأنَّه إذا زادَ لينفعَ البائِعَ ولَم يقصِد أنْ يغُرَّ غيرَه كان من صورِ النجْشِ .

(٣) (قولُه : وكلامُ الأصحاب يُخالِفُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : فبانَ خلافُه فلا خيارَ لِلمُشتري) مِثلُه ما لو أخبَرَه عارِفٌ بأنَّ هذا فيروزَجُ أو عَقِيقٌ فبانَ خلافُه .

(٥) (قولُه : إلا في النجشِ) في بعضِ النُّسَخِ حتى .

(٦) (قولُه : والوجه تخصيصُ التعصيةِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قولُه : بل نَقَلَ البيهَقيُّ عن الشافِعيِّ إلخ) ونَقَله ابنُ يونُس في شرحِ الوجيزِ عن جُمهورِ النقلَةِ ، وجَرَى عليه القاضي أبو الطَّيِّبِ في تعليقِه ، والمحامِليُّ في اللُّبابِ وشيخُه في الرَّونَقِ ، وقال الشافِعيُّ في اختلافِ الحديثِ : فمَنْ نَجَشَ فهو عاصٍ بالنجشِ إن كان عالِمًا بنَهيِ رَسولِ الله ﷺ .

أنَّ النَّجْشَ كغيرِه من المناهي .

(فصلٌ : ويحرُمُ التفريقُ بين الجاريةِ وولَدِها المملُوكيْنِ) لِواحِدٍ على مالِكِهما [١] لِقولِه ﷺ : «مَنْ فرَّقَ بين والِدَةٍ وولَدِها فرَّقَ الله بينه وبين أحِبَّتِه يوْمَ القيامَةِ» رواه الترمذيُّ وحَسَّنَه والحاكِمُ وصحّحه [٢] ، ولِقولِه : «مَلْعونٌ مَنْ فرَّقَ بين والِدٍ وولَدِه» رواه أبو داوُد [٣] ، وإنَّما يحرُمُ التفريقُ **(ببيعٍ أو هبَةٍ أو قِسمَةٍ)** أو نَحوِها بأنْ يبيعَ مَثَلا أحدَهما أو بعضَه وحدَه أو مع جُملَةِ الآخَرِ أو بعضِه ولم يتساو البعضانِ **(ولو رَضِيتْ)** أُمُّه بالتفريقِ لِحَقِّ الولَدِ وألحَقَ الغزاليُّ في فتاوِيه [٤] التفريقَ بالسَّفرِ بالتفريقِ بالبيعِ ونَحوِه وطَرَدَه في التفريقِ بين الزَّوْجَةِ وولَدِها ، وإنْ كانت حُرَّةً بخِلافِ المطلَّقَةِ لا يحرُمُ لإمكانِ صُحبتِها له ، وكذا إذا كان المملُوكُ أحدَهما فقط ، كما أفْهَمَه التقْييدُ بالمملُوكيْنِ [٥] أو أسلمَ الأبُ المملُوكُ وتخَلَّفتِ الأمُّ والمالِكُ كافِرٌ ، فيُؤْمَرُ بإزالَةِ المِلْكِ عن الوالِدِ والولَدِ قاله صاحِبُ الاستِقْصاءِ [٦] ، قال الشيخُ نَجْمُ الدِّينِ البالِسِيُّ [٧] : وينْبَغي لو مات الأبُ [٨] أنْ يُباعَ الولَدُ لِلضَّرورَةِ [٩] ، وتصْريحُ

---

(١) (قوله : المملوكيْنِ لِواحِدٍ على مالِكِهما) شَمِلَ ولَدَ المُستولَدَةِ الحادِثَ قبلَ الاستيلادِ .

(٢) الترمذي (٤/١٣٤) كتاب السير ، باب في كراهية التفريق بين السَّبْي ، حديث (١٥٦٦) . والدارمي في سننه (٢/٢٩٩) حديث (٢٤٧٩) ، والحاكم في المستدرك (٢/٦٣) حديث (٢٣٣٤) .

(٣) لم أجده في أبي داود ، وروى ابن ماجه في سننه (٢/٧٥٦) كتاب التجارات ، باب النهي عن التفريق بين السبي ، حديث (٢٢٥٠) بإسناده عن أبي موسى قال : «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها ، وبين الأخ وأخيه» .

(٤) (قوله : وألحَقَ الغزاليُّ في فتاوِيه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : كما أفْهَمَه التقييدُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : قاله صاحِبُ الاستقصاءِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : قال الشيخُ نَجْمُ الدِّينِ البالِسِيُّ) أي وغيرُه .

(٨) (قوله : وينْبَغي لو مات الأبُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٩) (قوله : أنْ يُباعَ الولَدُ لِلضَّرورَةِ) واستثْنَى الأذْرَعِيُّ أيضًا ما لو سَبَى مُسلِمٌ طِفلا فتبعَه في الإسلامِ ثم مَلَكَ أُمَّه الكافِرَةَ قال : فله بَيْعُ أحدِهما دونَ الآخَرِ فيما يظْهَرُ ا هـ . وألحَقَ به ما في مَعناه وهو وزّانُ مَسألَةِ الاستقصاءِ أن وفيه نَظَرٌ من وجهَيْنِ : أحدُهما أنَّ الفرقَ بين هذه الصُّورَةِ وما قبلَها الضَّرورَةُ في تلك لإزالَةِ مِلكِ الكافِرِ عن المُسلِمِ مُخالَفةُ إطْلاقِ الأصحاب تحْريمَ التفريقِ ولَمْ يُفرِّقوا بين الأمِّ المُسلِمَةِ والأمِّ الكافِرَةِ والتفرِقَةُ وجهٌ حَكاه الدَّارِميُّ فس ، وقولُه ...=

المصنفِ بقولِه : ولو رَضِيتْ من زيادَتِه ، (لا بفسخٍ) [١] كردٍّ بعَيْبٍ ورُجوعٍ بفلَسٍ للحاجَةِ إليه ، وهذا وجهٌ قال به الشيخُ أبو إسحاقَ الشّيرازيُّ وغيرُه [٢] ، والأصَحُّ المنصوصُ ما جَزَمَ به كثيرٌ [٣] من العِراقيّينَ أنّه يحرُمُ التفريقُ به ، نبَّهَ عليه الإسنَويُّ [٤] .

٤١/٢ (و) لا (عِتْقَ) لأنَّ مَنْ عَتقَ مَلَكَ نفسَه فله / مُلازَمَةُ الآخَرِ ، (و) لا (وصيَّةَ) لِعَدَمِ الضَّرَرِ في الحالِ ولَعَلَّ مَوْتَ الموصي يكونُ بعدَ زَمَنِ التحريمِ ، قال الأذْرَعيُّ : والمتَّجه مَنعُ التفريقِ برُجوعِ المقرِضِ ومالِكِ اللُّقَطَةِ دون الواهبِ ؛ لأنَّ الحقَّ في القَرضِ واللُّقَطَةِ ثابتٌ في الذِّمَّةِ فإذا تعَذَّرَ الرُّجوعُ في العينِ رجع في غيرِها بخِلافِه في الهبَةِ فإنّا لو مَنَعنا الرُّجوعَ فيها لم يرجِعِ الواهبُ بشيءٍ .

(وهذا) أيْ تحريمُ التفريقِ بما ذُكِرَ (فيما دون التمييزِ) [٥] لِصِغَرٍ أو جُنُونٍ فتعبيرُه بذلك أعَمُّ من قولِ الأصلِ : ويمتدُّ التحريمُ إلى بُلوغِه سِنَّ التمييزِ سَبْعَ سِنينَ أو ثَمانٍ تقريبًا ، (لا) فيما دونِ البُلُوغِ فلا يحرُمُ التفريقُ بعدَ التمييزِ لاستِقْلالِ الولَدِ حينَئِذٍ وخَبَرَ «لا يُفرَّقُ بين الأُمِّ وولَدِها قيلَ : إلى مَتى ؟ قال : «حتّى يبلُغَ الغُلامُ وتحيضَ الجاريةُ» ضَعيفٌ (فإذا فُرِّقَ) بينهما ببيعٍ أو نَحوِه هذا أعَمُّ من قولِ أصلِه وإذا فُرِّقَ بينهما في البيعِ والهبَةِ (بطَلَ العقْدُ) وإنْ سَقَتْه اللبأَ للعَجزِ عن التسليمِ شرعًا بالمنعِ من التفريقِ ، نَعَم إنْ كان المبيعُ مِمَّن يُحكَمُ بعِتقِه على المشتري ، فالظّاهرُ كما قال الأذْرَعيُّ وغيرُه عَدَمُ التحريمِ [٦] وصِحَّةُ البيعِ بتحصيلِ مَصْلحَةِ الحُرِّيَّةِ ، ولِما مَرَّ من جوازِ التفريقِ بالإعتاقِ .

(ويُكرَه) التفريقُ بينهما بعدَ التمييزِ (حتّى بعدَ البُلُوغِ) لِما فيه من التشويشِ

= واستثنَى الأذْرَعيُّ أشارَ شيخُنا إلى تضعيفِه .

(١) (قوله : لا بفسخٍ) في بعضِ النُّسَخِ لا بفسخِ لِهبةٍ .

(٢) (قوله : قال به الشيخُ أبو إسحاقَ الشّيرازيُّ) بناءً على رَأيِه من جَوازِ التفريقِ بالرَّدِّ بالعيبِ .

(٣) (قوله : والأصحُّ المنصوصُ ما جَزَمَ به كثيرٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : نَبَّهَ عليه الإسنَويُّ) وغيرُه ، قولُه : قال الأذْرَعيُّ أي كَغيرِه والمتَّجه مَنْعُ التفريقِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : فيما دونَ التمييزِ) أحْسَنُ ما قِيلَ في حَدِّ التمييزِ أن يصيرَ الطِّفلُ بحيثُ يأكُلُ وحْدَه ويشرَبُ وحْدَه ويستنجي وحْدَه .

(٦) (قوله : فالظّاهرُ كما قال الأذْرَعيُّ وغيرُه عَدَمُ التحريمِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

ويصِحُّ العقدُ (والأبُ) وإنْ عَلا (والجدَّةُ) وإنْ علتْ (من الأُمِّ) بل أو من الأب (١) (كالأُمِّ إنْ عَدِمَتْ) بِخِلافِ سائِرِ المحارِمِ فكما يحرُمُ التفريقُ بين الولَدِ وأُمِّه يحرُمُ التفريقُ عندَ عَدَمِها بينه وبين أبيه وجَدَّتِه ولا بينه وبين أحدِهما إلا إذا عُدِمَ الآخَرُ ، (فـإذا بيعَ مع الأُمِّ أو مع الأب) أو الجدَّةِ أو معهما (بعدَ مَوْتِ الأُمِّ حَلَّ) لانتِفاءِ المحذورِ .

(وله بيعُ ولَدِ بَهيمَةٍ استغنَى عن اللبَنِ) لكن مع الكراهَةِ ما دامَ رَضيعًا إلا لِغَرَضٍ صَحيحٍ كالذَّبْحِ فإنْ لم يستغنِ عن اللبَنِ حَرُمَ البيعُ ، وبَطَلَ إلا إنْ كان لِغَرَضِ الذَّبْحِ (٢) . (و) له (ذَبْحُـه مُطلَقًا) أيْ سواءٌ استغنَى عن اللبَنِ أم لا (٣) ، وظاهِرٌ أنَّ المرادَ ذَبْحُ المأكُولِ إذْ غيرُه لا يجوزُ ذَبْحُه ولا بيعُه لِذَبْحِه بحالٍ .

(فلو باعَ العِنَبَ مِمَّنْ يتَّخِذُه خَمرًا) (٤) بأنْ يعلمَ أو يظُنَّ منه ذلك (أو الأمرَدَ من مَعروفٍ بالفُجورِ) به (ونَحوِ ذلك) من كُلِّ تصَرُّفٍ يُفضي إلى مَعصيةٍ كبيعِ الرُّطَبِ مِمَّنْ يتَّخِذُه نَبيذًا ، وبيعِ ديكِ الهِراشِ وكبشِ النِّطاحِ مِمَّنْ يُعاني ذلك (٥) (حَرُمَ) لأنَّه تسَبُّبٌ إلى مَعصيةٍ (ويصِحُّ) لِرُجوعِ النَّهيِ لِغيرِه (فإنْ توهَّمَ)

---

(١) (قولـه : بل أو من الأب) قَيَّدَ الماورديُّ الجدَّةَ بأنْ يكونَ لها حَقٌّ في الحضانَةِ وفي الجدَّات والأجدادِ إذا لَم يكُن أبٌ ولا أُمٌّ ولا جَدَّةٌ أُمٌّ ثلاثةُ أوجهٍ حكاها الشيخانِ في باب السِّيَرِ من غيرِ ترجيحٍ ، ثالِثُها جوازُ التفريقِ في الأجدادِ دونَ الجدَّات قاله ابنُ النقيب ، ويظهَرُ تصحيحُ المنعِ وهو الذي أورَدَه المتولِّي والجُرجانيُّ ، وأمَّا الجدُّ لِلأُمِّ فقال المتولِّي أنَّه كالجدِّ لِلأب ، وقال الماورديّ : إنه كَسائِرِ المحارِمِ قال السُّبكيُّ : والأقرَبُ الأوَّلُ ، وقولُه قَيَّدَ الماورديُّ قال شيخُنا ظاهِرُ كلامِ الأصحاب يُخالِفُه ، وقولُه قال ابنُ النقيب إلخ أشارَ إلى تصحيحِه ، وقولُه : والأقرَبُ الأوَّلُ أشارَ إلى تصحيحِه أيضًا .

(٢) (قولُه وبَطَلَ إلا أنْ كان لِغَرَضِ الذَّبحِ) قال شيخُنا ما ذكرَه الشارِحُ من الصِّحَّةِ فيما لو باعَه لِغَرَضِ الذَّبحِ بَعيدٌ ، والأقرَبُ خلافُه كما أوضَحْته في شرحِ المنهاج .

(٣) (قولُه : سَواءٌ استغنَى عن اللَّبَنِ أم لا) أمَّا ذَبحُها فقَطْ فيظهَرُ أنَّه كَغيرِ الذَّبحِ قاله السُّبكيُّ .

(٤) (قوله : فلو باعَ العنبَ لخ) قال السُّبكيُّ : روى التِّرمِذيُّ «لَعَنَ رَسولُ اللهِ ﷺ في الخمرِ عَشَرَةً عاصِرَها ومُعتصِرَها» الحديثَ ، وجه الاحتجاجِ أنَّ العاصِرَ كالبائِعِ في أنَّ كُلًّا منهما يُعينُ على مَعصيةٍ مَظنونَةٍ .

(٥) (قوله : وكَبشُ النِّطاحِ مِمَّنْ يُعاني ذلك) والثوبُ الحرُّ ولِمَن يلبَسُه من الرِّجالِ والحريرُ لِمَن يعمَلُ منه الكُلوثاتُ والأكياسُ والذهَبُ مِمَّنْ يعمَلُه مُطَرَّزٌ لِلرِّجالِ ر . (تنبيهٌ) أفتَى ابنُ الصَّلاحِ ببَيعِ أمَةٍ على امرأةٍ تحمِلُها على الفُجورِ أي أنْ تُعينَ طَريقًا ، وقولُه أفتَى ابنُ الصَّلاحِ إلخ ....=

منه **(ذلك أو باعَ السّلاحَ من البُغاةِ)** (١) أو نحوِهم كقُطّاعِ الطَّريقِ **(أو بايعَ مَنْ بيدِهِ حَلالٌ وحَرامٌ كُرِهَ)** وإنْ كان الحلالُ أكثرَ ، نَعَم إنْ تحقَّقَ عِصيانُ المشتري للسّلاحِ به في الثّانيةِ وتحريمُ شيءٍ بعَيْنِه في الثّالثةِ حَرُمَ فيهما وصَحَّ في الثّانيةِ دون الثّالثةِ ذكرَه في المجموعِ (٢) ، **(ولا يصِحُّ شِراءُ لحمٍ مجهولِ الذّكاةِ)** الشرعيَّةِ **(بقريةٍ يسكنُها مجوسٌ)** لأنَّ الأصلَ في الحيوانِ التحريمُ فلا يُزالُ إلا بيقينٍ أو ظاهرٍ فإنْ كان غالِبُ أهلِ البَلَدِ مُسلِمينَ صَحَّ شِراؤُه فإنَّه يجوزُ أكلُه عَمَلا بالغالِب (٣) والظّاهرِ ذكرَه في المجموعِ .

(فصْلٌ : ويُكرَه بيعُ العينَةِ) (٤) بكسرِ المهمَلَةِ وإسكانِ التحتيَّةِ وبالنُّونِ لِما فيها من الاستِظْهارِ على ذي الحاجَةِ **(وهو أنْ يبيعَه عَيْنًا بثَمَنٍ كثيرٍ مُؤَجَّلٍ ويُسَلِّمَها)** له **(ثُم يشتريها)** منه **(بنَقْدٍ يسيرٍ ليبقَى الكثيرُ في ذِمَّتِه ونحوُه)** بأنْ يبيعَه عَيْنًا بثَمَنٍ يسيرٍ نَقْدًا ويُسَلِّمَها ثُم يشتريها منه بثَمَنٍ كثيرٍ مُؤَجَّلٍ سواءٌ قَبَضَ الثَّمَنَ الأولَ أم لا **(فيصِحُّ)** ذلك **(ولو صارَ عادَةً له)** غالِبَةً .

(ويجوزُ بيعُ دورِ مَكَّةَ) لاتّفاقِ الصَّحابَةِ فمَنْ بعدَهم عليه ، وسيأتي فيه في السِّيرِ زيادَةٌ ، **(و)** يجوزُ بيعُ **(المصْحَفِ)** قيلَ : وثَمَنُه يُقابِلُ الدَّفَّتينِ لأنَّ كلامَ الله لا يُباعُ وقيلَ : إنَّه بَدَلُ أُجرَةِ نَسخِه ، حَكاهما الرَّافعيُّ عن الصَّيمَريِّ ، **(لكنَّ**
٤٢/٢ **المنصوصَ / كراهَةُ بيعِه)** لأنَّه ابتِذالٌ ، وصحّحه في المجموعِ ، واقتضَى كلامُه فيه كراهَةَ شِرائِه أيضًا (٥) لأنَّه إعانَةٌ على مَكروهٍ ، ولا يُكرَه كما في الرَّوْضَةِ بيعُ الكُتُب

= أشارَ إلى تصحيحِه .

(١) (قوله : أو باعَ السّلاحَ من البُغاةِ) قال الجُرجانيُّ : ويَحْرُمُ بَيْعُ العِنَبِ مِمَّنْ يعصِرُه خمرًا والسّلاحِ مِمَّن يستعمِلُه في المعاصي . ا هـ . وقَطَعَ به الشيخُ أبو حامِدٍ والغزاليُّ وسُلَيْمٌ ونَصْرٌ المقدِسيُّ وغيرُهم وأشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ذكرَه في المجموعِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : عملا بالغالِب إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : ويُكرَه بَيْعُ العينَة) قال في الأنوارِ : وليست العينَةُ من المناهي المُحَرَّمَةِ ولا المكروهَةِ إنْ لَمْ تُعْتَدْ .

(٥) (قوله : واقتضَى كلامُه فيه كَراهَةَ شِرائِه أيضًا إلخ) قال الأذرَعيُّ : وينبَغي أن يُقال : إن باعَه من غيرِ ضَرورَةٍ أو حاجَةٍ إلى بَيْعِه كُرِهَ ، وعليه ينزِلُ النصُّ لأنَّه كالكَراهَةِ فيه ، وإنْ باعَه لِحاجَةٍ لِدَيْنٍ أو نَفقَةٍ لَمْ يُكرَهْ ، وعليه يُحْمَلُ كلامُ الرُّويانيِّ وغيرِه . ا هـ . وقال في ....=

المشتمِلَةِ على ما يُباحُ الانتِفاعُ به ككُتُبِ الحديثِ .

(ويُكْرَه غَبْنُ المسترسِلِ) بسينَيْنِ مُهمَلَتيْنِ وبلامٍ في آخِرٍ وهو : مَنْ لا يعرِفُ القيمَةَ (والشِّراءُ من مُضطَرٍّ) قال الخطَّابيُّ : والمرادُ به المكرَه فيصِحُّ إنْ أُكرِهَ بحَقٍّ وإلا فلا أو مَنْ عليه دُيُونٌ مُستغرِقَةٌ يُباعُ مالُه فيها بالوكْسِ أي النَّقْصِ فيُستحَبُّ أنْ لا يُباعَ منه . (و) لكن (يُستحَبُّ أنْ يُعانَ) بهبَةٍ أو قرضٍ أو استِمهالِ رَبِّ الدَّيْنِ .

(ولا يصِحُّ إفرادُ ماءِ بئرٍ ونَهْرٍ) وعَيْنٍ بالبيعِ (دون مَكانِه) لِما مَرَّ قُبيلَ باب الرِّبا فإنْ باعَه مع مَكانِه بأنْ باعَ أرضًا مع شُربها من ماءٍ في نَهرٍ أو نَحوِه صَحَّ ، ودَخَلَ الماءُ في البيعِ تبعًا ، وهذا ما اقْتضاه كلامُه وصرَّحَ بـه في الرَّوْضَةِ نَقْلا عن صاحِبِ التخليصِ ، لكنَّه جَزَمَ فيها كأصْلِها في إحياءِ المواتِ بعَدَمِ الصِّحَّةِ في الماءِ ، وجَعل في الأرضِ قولَيْ تفريقِ الصَّفقَةِ وخالَفهما المصنفُ ثَمَّ ، فجَزَمَ بعَدَمِ الصِّحَّةِ في الجميعِ للجَهالَةِ وهو المتَّجه وإنْ كان الماءُ في إناءٍ أو حَوْضٍ أو نَحوِهما مُجتمِعًا صَحَّ بيعُه مُفرَدًا وتابعَه لأنَّه مَعلُومٌ قال في الرَّوْضَةِ : ومن المناهي النَّهْيُ عن بيعِ المصرّاةِ وعن بيعِ ما فيه عَيْبٌ إلا أنْ يُبَيِّنَه ، وكِلاهما حَرامٌ إلا أنَّه ينعَقِدُ .

(بابُ تفْريقِ الصَّفْقَةِ)

وهـو ثَلاثةُ أقْسامٍ : لأنَّه إمَّا في الابتِداءِ ، أو في الانتِهاءِ أي الدّوامِ ، أو في اختِلافِ الأحكامِ وسَتعرِفُها كُلَّها من كلامِه .

(ويجوزُ بيعُ عَيْنَيْنِ فأكثَرَ) باختِلاطٍ أو بدونِه (صَفقَةً واحِدَةً ويُوزَّعُ الثمَنَ في المِثليِّ و) [1] في (العيْنِ المشترَكةِ) بين اثنَيْنِ فأكثَرَ (على الأجزاءِ ، وفي غيرِهما) من المتقوِّماتِ على الرُّءُوسِ (باعتِبارِ القيمَةِ فإذا بطَلَ) العقدُ (في واحِدٍ منهما ابتِداءً) بأنْ كان أحدُهما حَلالا أي قابلا للعَقْدِ والآخَرُ حَرامًا أي غيرَ قابلٍ له (وله قيمَةٌ كمَنْ باعَ عبدَه وعبدَ غيرِه صَحَّ في عبدِه بالقِسطِ) من المسَمَّى إذا وزَّعَ على قيمَتِهما وبَطَلَ في عبدِ غيرِه إعطاءً لِكُلٍّ منهما حُكْمَه ، كالثوْب والشِّقْصِ ومن العقارِ في الشُّفعَةِ ، ولأنَّ الصَّفقَةَ اشتمَلَتْ على صَحيحٍ وفاسِدٍ ، فالعدْلُ

= المجموعِ الأصحُّ كَراهَةُ البيعِ دونَ الشِّراءِ .

(١) (قوله : ويوزَّعُ الثمَنَ في المِثليِّ إلخ) أي المتَّفِقِ القيمَةَ .

التصحيحُ في الصَّحيحِ وقَصْرُ الفسادِ على الفاسِدِ ، كنَظيرِه فيما لو شَهِدَ عَدْلٌ وفاسِقٌ **(وكذا إنْ لم يكنْ له قيمةٌ كالحُرِّ والخِنْزيرِ)** فيصِحُّ البيعُ في الباقي بالقِسطِ (١) ويُقَدَّرُ الحُرُّ رَقيقًا والخِنزيرُ (٢) شاةً كما سيأتي ، ومَثَّلَ بهما إشارةً إلى أنّه لا فرقَ بين ما يتأتَّى تقديرُ تقويمِه من غيرِ تقديرِ تغَيُّرِ الخِلْقَةِ كالحُرِّ ، وما لا يتأتَّى ذلك إلا بتقديرِ تغَيُّرِها كالخِنزيرِ .

ومَحَلُّ الصِّحَّةِ في ذلك إذا لم يكن الباقي مَجهولا ليتأتَّى التقسيطُ فلو قال بعتُك عبدي وعبدًا آخَرَ بَطَلَ فيهما كما سيأتي في كلامِه ، ومَحَلُّ التقسيطِ إذا كان الحرامُ مَقصودًا فإنْ لم يكنْ مَقصودًا كالدّمِ فيُظهر أنَّ الصِّحَّةَ بكُلِّ الثّمَنِ (٣) كما يقتضيه كلامُهم في النّكاحِ والخُلْعِ (٤) ، **(وجوازُ تفريقِها)** أي الصَّفقَةِ **(في الرَّهْنِ والهِبَةِ والنّكاحِ أولى)** منه في البيعِ إذْ لا عِوضَ في الأولَيَنِ حتّى يتأثَّرَ بالجهْلِ ، والثّالِثُ

---

(١) (قوله : فيصِحُّ البيعُ في الباقي بالقِسطِ) صورَةُ المسألَةِ كما نُقِلَ عن الشيخ أبي حامِدٍ ما إذا قال بعتُك هذَينِ العبدَينِ أو الخلَّينِ ، قال السُبكيُّ : ولا شَكَّ أنَّ هذَينِ كهذَينِ العبدَينِ فلو قال هذا العبدَ والحُرَّ أو هذا الخمرَ والخلَّ فمَفهومُ كلامِ الشيخ أبي حامِدٍ البُطْلانُ جزمًا ، واختارَ السُبكيُّ أنّه لا فرقَ وقولُه واختارَه السُبكيُّ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ويُقَدَّرُ الحُرُّ رَقيقًا إلخ) قال بعضُهم إنّما كان الأصَحُّ أنّا لا نَرجِعُ إلى تقويمِ مَنْ يرى لها قِيمَةً لأنّه لا يُعتمَدُ على إخبارِ الكُفّارِ في القِيمِ كما لا يرجِعُ إلى قولِهم في التأجيلِ بَعيدٌ لا يُعلَمُ إلا من جِهَتِهم ، وإنَّما كان الأصحُّ فيه تقديرَ الخمرِ بالخلِّ دونَ العصيرِ لأنّه لا يُمكِنُ عَودُه عَصيرًا ، ويُمكِنُ عَودُه خَلاًّ فكان التقديرُ به أولى .

وإنَّما كان الأصحُّ في الوصيَّةِ النظَرَ إلى عَدَدِ الرُّءُوسِ دونَ القِيمَةِ لأنّه لا حاجةَ بنا إلى التقويمِ لِصِحَّتها بالأشياءِ النجِسَةِ فاكْتُفِيَ بها وإنّما كان الأصحُّ في الصَّداقِ الاعتبارَ بقِيمَتِها عندَ أهْلِهِما لِمَعرِفَةِ الزَّوجَيْنِ القِيمَةَ عندَ أهلِها والحقُّ لا يعدوهما ، فالرُّجوعُ في الحَقِيقَةِ إلى قولِهما لا إلى قولِ الكَفَرَةِ بخلافِ البيعِ الجاري بين المُسلِمينَ والاختلافِ الواقِعِ في تقديرِ الخنْزيرِ فينْزِلُ على الحالَيْنِ ، فحيثُ كان في حَدِّ الشاةِ قُوِّمَ بشاةٍ وحيثُ كان أكْبَرَ من الشاةِ اعتُبِرَ ببَقَرَةٍ تُقارِبُه ، ففي الكَبيرِ كَبيرَةٌ وفي الصَّغيرِ صَغيرَةٌ ، وإنَّما قَدَّرَ الخمرَ في الصَّداقِ عَصيرًا لا خَلاًّ لأنَّ مَجيءَ العصيرِ من الخمرِ مُستحيلٌ أو التقديرُ لبرهَنَه إنَّما يكونُ في المُستحيلِ دونَ المُمكِنِ . ا هـ . وهو تَمَحُّلٌ ف س .

(٣) (قوله : فيظهر أنَّ الصِّحَّةَ بكُلِّ الثمَنِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : كما يقتضيه كلامُهم في النّكاحِ والخُلعِ) وهو مَأخوذٌ من قولِهم ويوزَّعُ الثمَنُ بينهما باعتبارِ قِيمَتِها .

لا يتأثَّرُ بجَهْلِ العِوضِ ، (فإذا زَوَّجَ أُختَه وأجنَبيَّةً أو تزَوَّجَ مُسلِمَةً ومَجوسيَّةً لَزِمَ) فيهما (مَهرُ المِثلِ للأُختِ والمسلِمَةِ) أيْ لِكُلٍّ منهما لأنَّه المرَدُّ الشرعيُّ ، والمسَمَّى ليس رُكْنًا في العقْدِ بخِلافِه في البيعِ (وإنْ تزَوَّجَ أُختيْنِ أو خَمسَ نِسوةٍ) ليس فيهنَّ أختانِ أو نَحوُها (بَطَلَ العقدُ) في الجميعِ ؛ (لِتحريمِ الجمعِ) بين الأختيْنِ وبين الخمسِ ، فالإبطالُ في واحِدٍ ، والتصحيحُ في غيرِها ليس بأولى من العكسِ فيستثني ذلك مِمَّا ذُكِرَ ، ويستثني منه أيضًا ما إذا أجَّرَ الرَّاهِنُ العيْنَ المرهونَةَ (١) مُدَّةً تزيدُ على مَحَلِّ الدَيْنِ (٢) ، وما إذا استعارَ شَيْئًا / ليرهَنَه بدَيْنٍ فزادَ عليه ، وما إذا باعَ مالَه ومالَ غيرِه (٣) المأذونِ له في بيعِه وكانا مُتمَيِّزَيْنِ ، وما إذا زادَ في العرايا على القدرِ الجائِزِ أو في خيارِ الشرطِ على ثَلاثةِ أيَّامٍ ، أو فاضَلَ في الرِّبَوِيِّ حَيْثُ مَنَعناه كمُدَبَّرٍ بمَدينٍ منه فإنَّ كُلًّا منهما ينطُلُ في جَميعِ المعقودِ عليه . ٤٣/٢

وكذا لو قَدَّمَ الباطِلَ كأن قال بعتُك الحُرَّ والعبدَ لأنَّ العطف على الباطِلِ باطِلٌ كما قالُوه فيما لو قال : نِساءُ العالمينَ طَوالِقُ وأنت يا زَوْجَتي لا تطلُقُ لِعَطفِها على مَنْ لم تطلُقْ نَبَّهَ عليه الزَّركشيُّ (٤) ، أمَّا إذا كان في الخمسِ أُختانِ أو نَحوُها فيبطُلُ فيهما ويصِحُّ في الباقي عَمَلًا بتفريقِ الصَّفقَةِ ، ثُم القولُ بالصِّحَّةِ فيما ذُكِرَ (٥)

---

(١) (قوله : ما إذا أجَّرَ الرَّاهِنُ العيْنَ المرهونَةَ إلخ) وما إذا وكَّلَ في إجارَةِ دارٍ مُدَّةً فزادَ الوكيلُ عليها في عَقدٍ واحدٍ أو شَرَطَ الواقِفُ أنْ لا يُؤَجَّرَ الوقف أكثرَ من سَنَةٍ فأجَّرَه الناظِرُ أكثرَ من المُدَّةِ المشروطَةِ أو باعَ الوكيلُ بغَبنٍ فاحِشٍ .

(٢) (قوله : مُدَّةً تزيدُ على مَحِلِّ الدَّيْنِ) قال شيخُنا سَواءٌ كان عالِمًا أم جاهلًا ومِثْلُ ذلك ناظِرُ الوقفِ خلافًا لأبي زُرعَةَ .

(٣) (قوله : وما إذا باعَ مالَه ومالَ غيرِه إلخ) لو كان بينهما أرضٌ مُناصَفةً فعَيَّنَ أحدُهما منها قِطعَةً شَقيقِه وباعَها بغيرِ إذنِ شَريكِه ، قال البغَوِيّ : لا يصِحُّ البيعُ في شيءٍ منها على كُلِّ قولٍ ، وهو كما قال ، وقِيسَ به ما في مَعناه ف . وقال شيخُنا : قال الشارِحُ في فتاوِيه في باب الإجارَةِ إنَّما بَطَلَ البيعُ في القِطعَةِ المُدَوَّرَةِ كُلِّها ولَم يأت فيها تفريقُ الصَّفقَةِ لِما في إثابَته فيها من تضَرُّرِ الشريكِ بمُرورِ المشتري في حِصَّته إلى أن يصِلَ إلى القِطعَةِ المبيعَةِ .

(٤) (قوله : نَبَّهَ عليه الزَّرِكَشِيُّ) هو ما أفْهَمَه كلامُ الشيخ أبي حامِدٍ والأصحُّ خلافُه فلا يُستثنَى ، والفرقُ بينه وبين ما قاسَ عليه واضِحٌ قال شيخُنا : إذ التقديرُ في البيعِ أقوى منه في الطَّلاقِ لا سيَّما وهو مُختلَفٌ فيهما ، إذ الأوَّلُ مُطابِقٌ لِما قبله والثاني غيرُ مُطابِقٍ إذ المعطوفُ عليه جَمعٌ والمعطوفُ مُفرَدٌ فاختلَفا ز .

(٥) (قوله : ثم القولُ بالصِّحَّةِ فيما ذُكِرَ) أشارَ إلى تصحيحِه .

هو ما صححه الشيخانِ ، لكنَّ الذي رجع إليه الشافعيُّ آخِراً البُطلانُ كما قاله الرَّبيعُ تغليبًا للحُرمَةِ ، وقال في مَوْضِعٍ آخَرَ البُطلانُ أصَحُّ قولَيِ الشافعيِّ ، وقال ابنُ المنذرِ إنّــه مَذهَبُ الشافعيِّ (١) ، قال في الأصلِ : وفي عِلَّتِه وجهانِ : أحدُهما الجمعُ بين حَلالٍ وحَرامٍ (٢) ، والثاني : جَهالَةُ العِوضِ الذي يُقابلُ الحلالَ ا هـ . وصحّح في المجمُوعِ الأولَ ونَقَلَ بعضُهم تصحيحَه عن الرَّوْضَةِ ، ولَعَلَّ نُسَخَها مُختلِفةٌ .

(فصلٌ : ومَتى حَصَلَ مُقْتضِي التفريقَ) لِلصَّفقَةِ (في الانتهاءِ) من تلَفٍ أو رَدٍّ بعَيبٍ أو نَحوِهما ، ولفظُ مُقْتضِي بكسرِ الضَّادِ من زيادَتِه (فإنْ كان) أيْ مُقْتضِي التفريقَ (بلا اختيارٍ كتلَفِ أحدِ العبدَيْنِ) وتخَمُّرِ بعضِ العصيرِ (قبلَ القبضِ) لهما أو لأحدِهما (وانهدامِ الدّارِ المستأجَرَةِ في أثناءِ المدَّةِ والتفريقِ قبلَ قبضِ (٣) البعضِ في الصَّرفِ ، و) في (السَّلمِ فالجوازُ) بمعنى الصِّحَّةِ في الباقي (أولى) منه في الباقي في تفريقِ الصَّفقَةِ ابتِداءً ؛ لِطَرَيانِ الانفساخِ هنا في التالِفِ فلا يُؤثِّرُ في الباقي ، كما لو نَكحَ اثنَيْنِ مَعًا ثم ارتفعَ نِكاحُ أحدِهما بردَّةٍ أو رَضاعٍ لا يرتفعُ نِكاحُ الأُخرى ، ولِعَدَمِ عِلَّتيِ البُطلانِ ثَمَّ فيتخَيَّرُ المشتري كما سيأتي (٤) ، فإنْ أجازَ فبالقِسطِ من المسَمَّى وإنْ فسَخَ ارتفعَ العقدُ وعليه أُجرَةُ المِثلِ للماضي في مَسأَلَةِ الإجارَةِ ، (فإنْ قَبَضَ المشتري أحدَ العبدَيْنِ وتلِفا) أيِ المقبوضُ وغيرُه

---

(١) (قوله : وقال ابنُ المُنذرِ : إنه مَذهَبُ الشافِعيِّ) اعتذَرَ بعضُهم عن الأصحاب في ترجيحِهم الصِّحَّةَ بأنَّ قولَ الرَّبيعِ : إن البُطلانَ آخرُ قولَيه يحتمِلُ آخرَهما في الذِّكرِ لا في الفتوى ، وإنَّما يكونُ المتأخِّرُ مَذهَبَ الشافِعيِّ إذا أفتى به أمَّا إذا ذُكِرَ في مَقامِ الاستنباطِ والترجيحِ ولَم يُصَرِّحْ بالرُّجوعِ عن الأوَّلِ وجَبَ أنْ يُنسَبَ إليه القولانِ قال على أنَّ هذه اللَّفظَةَ وهي أحدُ قولَيه بالدَّالِ فَقُصِرَتْ فقُرِئَتْ بالرَّاءِ ز .

(٢) (قوله : أحدُهما الجمعُ بين حَلالٍ وحَرامٍ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه والتفرُّقُ قبلَ القبضِ) قال شيخُنا : لَعَلَّه مُفرَّعٌ على القولِ المارِّ أنَّ تفريقَ أحدِ المُتعاقِدَيْنِ مُكْرَهًا في الرِّبَويِّ قبلَ القبضِ يُبطِلُه ، والأصحُّ خلافُه نَعَم يُمكِنُ حَملُ كلامِه على أنَّ قوله التفرُّقُ قبلَ القبضِ من أمثِلَةِ التلَفِ مع قَطعِ النظَرِ عن كونِه من أمثِلَةِ ما تلِف بلا اختيارٍ على أنَّه لا يُنافي ما مَرَّ وإنْ رَجَّعناه إلى قولِه بلا اختيارٍ لأنَّ الكلامَ الأوَّلَ ثَمَّ في تفريقِ أحدِ المتعاقِدَيْنِ مُكْرَهًا مع بَقاءِ المعقودِ عليه ، ومُقابلِه فلا بَأسَ ، وكلامُه هنا في تلَفِ بعضِ المعقودِ عليه فحَصَلَ اليأسُ من قبضِه .

(٤) (قوله : فيتخَيَّرُ المُشتري كما سَيأتي) قَضيَّةُ كلامِه أنَّه لا خيارَ لِلبائِعِ وهو كذلك كما صَرَّحَ به في شرحِ المهذَّبِ ، واستُشكِلَ لأنَّ عِلَّةَ المنعِ فيما يأتي التفريطُ وهو مَفقودٌ هنا .

(فهل له الخيارُ فيما تلف في يدِه وجهانِ) أحدُهما نَعَم ويرُدُّ قيمَته ، والثاني وهو ما صححه في المجمُوعِ لا ، وعليه حِصَّتُه من الثمَنِ ؛ لأنَّ العقدَ استقرَّ فيه بقبضِه **(وإنْ كان)** مُقتضي التفريقِ **(باختيارٍ كرَدِّ بعضِ المبيعِ بالعيبِ)** المَوجودِ فيه **(لم يجُز)** رَدُّه **(إنْ لم يستقِلَّ)** البعضُ بالنَّفعِ بأنْ كان نفعُه مُتَّصِلا بالآخَرِ **(كأحدِ الخُفَّيْنِ)** أو مِصراعَيِ الباب **(وكذا إن استقَلَّ)** به **(كأحدِ العبدَيْنِ ولو تلِف أحدُهما)** [١] ولو بعدَ القبضِ ، وذلك لأنَّ الصَّفقَةَ وقعَتْ مُجتمِعَةً ولا حاجَةَ إلى تفريقِها **(فلو رَضي البائعُ بردِّه جازَ)** لإسقاطِ حقِّه **(فيُقَوَّمُ العبدانِ سليمَيْنِ ويُقَسَّطُ المسَمَّى)** على قيمَتِها **(فإنْ كان السَّليمُ تالِفًا واختلَفا في قيمَتِه لِلاعتِبارِ)** لِلتَّقسيطِ فادَّعَى المشتري ما يقتضي زيادَةَ المرجوعِ به على ما اعترَف به البائعُ **(فالقولُ قولُ البائعِ)** بيمينِه لأنَّه غارِمٌ ولأنَّ الثمَنَ مِلْكُهُ ، فلا يُستَرَدُّ منه إلا ما اعترَف به والمعتبَرُ أقَلُّ قيمَتِه من يومِ البيعِ إلى يومِ القبضِ كما يُعرَفُ مِمَّا يأتي في مَعرِفةِ الأرشِ القَديمِ .

(فصلٌ : مَن حَكَمَ بتفريقِ الصَّفقَةِ) في الابتِداءِ أو الانتهاءِ **(أثبَت للمُشتري لا للبائعِ الخيارَ)** بين الفسخِ والإجازَةِ لِتبعيضِ الصَّفقَةِ عليه ، ويثبُتُ على الفورِ كما في المطلَب [٢] ، وإنَّما يثبُتُ له في الابتِداءِ **(إنْ جَهِلَ)** كونَ بعضِ المبيعِ حَرامًا أيْ وكان الحرامُ مَقصودًا أخذًا مِمَّا مَرَّ فإنْ عَلِمَ ذلك فلا خيارَ له كما لو اشترَى مَعيبًا يعلمُ عَيبَه ، وإنَّما لم يثبُتِ الخيارُ للبائعِ [٣] مع أنَّه لم يجِبْ له إلا الحِصَّةُ لأنَّه مُفرِّطٌ حَيثُ باعَ مالا يملِكُه وطَمِعَ في ثمَنِه ، **(ولا / يلزَمُه)** أيِ المشتري **(إلا القِسطُ)** ٢/٤٤ من الثمَنِ لا جَميعُه **(ولو عَلِمَ)** كونَ الآخَرَ حَرامًا ؛ لأنَّه أوقَعَ الثمَنَ في مُقابَلَةِ الجميعِ فلا يلزَمُه في مُقابَلَةِ بعضِه إلا قِسطُه **(ويُقَدَّرُ الحُرُّ في التقسيطِ عبدًا والميتَةُ مُذَكاةً والخمرُ خَلاً والخِنزيرُ شاةً)** أيْ شاةَ عنزٍ لا شاةَ ضَأنٍ لأنَّه يُشبه العنزَ في الشكلِ .

---

(١) (قوله : ولو تلِف أحدُهما) أي حِسًّا أو شرعًا كأنْ باعَه ولو لِبائِعِه أو كانا من المِثليّات التي لا تنقُصُ بالتبعُّضِ .

(٢) (قوله . كما في المطلَب) أي وغيره وأشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وإنَّما لَم يثبُت الخيارُ لِلبائعِ إلخ) أي وإنْ جَهِلَ ، وإنِ اقتضَى كلامُ الرُّويانيِّ والمحامِليِّ تخصيصَه بالعِلمِ (قوله : والخنزيرُ شاةٌ) وقِيلَ بَقَرَةٌ .

(فرعٌ : لو باعَ مَعلومًا ومجهولا) كقولِه بعتُك عبدي وعبدًا آخَرَ (بَطَلَ) البيعُ (في الجميعِ لِتعَذُّرِ التقسيطِ) .

(فرعٌ : مَتى اشترَى عبدَينِ من مالكَينِ أو وكيلِهما) أو باعَ عبدَيه لاثنَينِ لِكُلِّ واحِدٍ واحِدًا كما ذَكرَه الأصلُ (صَفقَةً واحِدَةً بثَمَنٍ واحِدٍ فسَدَ البيعُ) لأنَّ حِصَّةَ كُلٍّ منهما مجهُولةٌ ، وقيلَ يصِحُّ بناءً على التعليلِ بالجمعِ بين حَلالٍ وحَرامٍ والترجيحُ من زيادَتِه [1] ومَحَلُّ ما قاله أنْ يكونَ لِكُلٍّ منهما عبدٌ بعَيْنِه ، فلو كان العبدانِ بينهما مُشاعَيْنِ صَحَّ البيعُ ، كما اقتضاه كلامُهم [2] ، وصرّحَ به في الشامِلِ ؛ لأنَّ حِصَّةَ كُلٍّ منهما مَعلُومَةٌ لأنَّها بحَسَبِ نَصيبِه منهما فلا يحتاجُ إلى تقويمٍ ، ويُستثنَى من كلامِه ما لو اختلَطَ حَمامُ بُرجٍ بغيرِه فيجوزُ لِمالكيهما بيعُهما لِثالِثٍ كما ذَكرَه في الصَّيْدِ ، وكذا لو انصَبَّتْ حِنطَتُه على حِنطَةِ غيرِه أو مائِعُه على مائِعِه .

(فرعٌ) : في مَسائِلَ دَوْرِيَّةٍ تتعَلَّقُ بتفريقِ الصَّفقَةِ (لو باعَ المريضُ) مَرَضَ الموْتِ (عبدًا يُساوِي ثلاثينَ بعَشرَةٍ) ومات (ولا مِلْكَ له غيرُه ولم تُجِزِ الورَثةُ) الزَّائِدَ على الثُّلثِ ، ففيه قولانِ : أحدُهما وهو المنصوصُ : يصِحُّ في قدرِ ما يحتمِلُه الثُّلُثُ وما يُوازي الثمَنَ بجَميعِ الثمَنِ ، ويبطُلُ في الباقي ، ويصِحُّ في ثُلُثَيِ العبدِ بالعشرَةِ ويبقَى مع الورَثةِ الثمَنُ وثُلُثُ العبدِ وذلك مِثل المحاباةِ وهي عَشرَةٌ ولا دورَ . والثاني : ورَجَّحَه آخَرونَ واختارَه أكثَرُ الحُسَّاب وهو الأقوى في المعنَى أنَّه إذا ارتدَّ البيعُ في بعضِ المبيعِ وجَبَ أنْ يرتدَّ إلى المشتري ما يُقابلُه من الثمَنِ فتدورُ المسألَةُ لأنَّ ما ينفُذُ فيه البيعُ يخرُجُ من التركةِ وما يُقابلُه من الثمَنِ يدخُلُ فيها فتزيدُ به فيزيدُ المبيعُ فيزيدُ الداخِلُ .

ولمَّا كان الثاني هو الرَّاجِحَ في الأصلِ اقتصَرَ عليه المصنفُ فقال (صَحَّ) أيِ البيعُ (في نِصفِ العبدِ بنِصفِ الثمَنِ ليبْقَى للورَثةِ عِشرونَ ، وطَريقُه) بالجُبْرانِ أنْ تقولَ صَحَّ البيعُ في شيءٍ من العبدِ بثُلُثِ شيءٍ من الثمَنِ ؛ لأنَّ الثمَنَ مِثلُ ثُلُثِ العبدِ وبَقِي للورَثةِ عبدٌ إلا شَيْئًا لكنَّ بعضَ النَّقصِ انجَبَرَ بثُلُثِ الشيءِ العائِدِ فالمحاباةُ ثُلُثا شيءٍ والباقي لهم عبدٌ إلا ثُلُثَيْ شيءٍ يعدِلُ ضِعفَ المحاباةِ وهو شيءٌ وثُلُثُ شيءٍ ،

---

(١) (قولُه والترجيحُ من زيادَته) وصحَّحَه النوويُّ في شرحِ المُهذَّب وتصحيحِ التنبيه ونَقَله الرَّافِعيُّ في الصَّداقِ عن النصِّ ز .

(٢) (قوله كما اقتضاه كلامُهم) أشارَ إلى تصحيحِه .

فاجبُر وقابلْ فيكونُ عبدٌ يعدِلُ شَيئَيْنِ فالشيءُ نِصْفُ عبدٍ فيصِحُّ في نِصْفِ العبدِ وهو خَمسَةَ عَشرَ بنِصْفِ الثَمَنِ وهو خَمسَةٌ لأنَّ ذلك قَضيَّةُ التوزيعِ ، فالمحاباةُ عَشرَةٌ ويبقَى للورَثةِ نِصْفُ العبدِ ونِصْفُ الثَمَنِ وذلك مِثلا المحاباةِ وبالنِّسبَةِ (أنْ تعرِفَ ثُلُثَ المالِ وقدرَ المحاباةِ فإنْ كان نِصفها صَحَّ البيعُ في نِصْفِ المبيعِ بنِصْفِ الثَمَنِ وإنْ كان أكثَرَ فبأكثَرَ أو أقَلَّ فبأقَلَّ فثُلُثُ المالِ في هذِه) المسألَةِ (عَشرَةٌ والمحاباةُ عِشرونَ والعشرَةُ نِصْفُ العِشرينَ فيصِحُّ) البيعُ (في نِصْفِ العبدِ وقيمَتُه خَمسَةَ عَشرَ بنِصْفِ الثَمَنِ وهو خَمسَةٌ فكأنَّه اشترَى سُدُسَه بخَمسَةٍ ووُصِّي له بثُلُثِه يبقَى مع الورَثةِ نِصْفُ العبدِ وقيمَتُه خَمسَةَ عَشرَ ونِصْفُ الثَمَنِ وهو خَمسَةٌ فالمبْلَغُ عِشرونَ وذلك مِثلُ المحاباةِ (ولو باعَ صاعًا يُساوِي عِشرينَ بصاعٍ يُساوِي عَشرَةً) ومات ولا مِلْكَ له غيرُه (صَحَّ في ثُلُثَيْ صاعِ المريضِ بثُلُثَيْ صاعِ المشتري) لأنَّ ثُلُثَ المالِ سِتَّةٌ وثُلُثانِ ، والمحاباةُ عَشرَةٌ والسِّتَّةُ والثُلُثانِ ثُلُثا العشرَةِ فصَحَّ البيعُ في ثُلُثَيْ الصَّاعِ .

(وله) أيْ للمُشتري (الخيارُ) لِتفريقِ الصَّفقَةِ عليه (لا للورَثةِ) أيْ ورَثةِ الميِّتِ فلا خيارَ لهم لِئَلا يُبطِلَ المحاباةَ التي هي وصيَّةٌ (فلو كان صاعُ المريضِ يُساوِي ثَلاثينَ صَحَّ) البيعُ (في نِصْفِ الصَّاعِ بمِثلِه) كنَظيرِه فيما مَرَّ في العبدِ (فإنْ كانتْ) أيِ المسألَةُ (بحالِها ، وصاعُ المريضِ يُساوِي أربعينَ صَحَّ البيعُ في أربعَةِ اتْساعِ الصَّاعِ بأربعَةِ اتْساعِ الصَّاعِ فإنْ أتْلَفَ المريضُ الصَّاعَ الذي أخَذَه) ثُمَّ مات (صَحَّ) البيعُ (في ثُلُثِه) أيْ ثُلُثِ صاعِه (بثُلُثِ صاعِ صاحِبِه قَلَّتْ قيمَةُ الصَّاعِ) المبيعِ (أو كثُرَتْ لأنَّ ما أتْلَفَه قد نَقَصَ من مالِه) أمَّا ما صَحَّ فيه البيعُ فهو مِلْكُه وقد أتْلَفَه ، وأمَّا ما بَطَلَ فيه فعليه ضَمانُه فينقُصُ قدرُ غُرمِه من مالِه ، ومَتى كثُرَتِ القيمَةُ قَلَّ الغُرمُ وكثُرَتِ المحاباةُ ومَتى قَلَّتِ انعَكَسَ ذلك .

(فإنْ كانتْ قيمَةُ صاعِ المريضِ عِشرينَ و) قيمَةُ (صاعِ المشتري عَشرَةً أتْلَفَ المريضُ من العِشرينَ عَشرَةً بَقِيَ مالُه عَشرَةً) كأنَّها كُلُّ مالِه (والمحاباةُ عَشرَةٌ فثُلُثُ مالِه ثُلُثُ المحاباةِ) فيصِحُّ البيعُ في ثُلُثِ الصَّاعِ لِما ذكَرَه بقولِه (وثُلُثُ صاعِ المريضِ سِتَّةٌ وثُلُثانِ / وثُلُثُ صاعِ المشتري ثَلاثةٌ وثُلُثٌ ، فالمحاباةُ ثَلاثةٌ وثُلُثٌ ٤٥/٢ يبقَى ثُلُثا صاعٍ بثَلاثةَ عَشرَ وثُلُثٌ للورَثةِ يغرَمُونَ منها للمُشتري قيمَةَ ثُلُثَيْ صاعِه وهو سِتَّةٌ وثُلُثانِ يبقَى) لهم (مِثلُها وهو مِثلُ المحاباةِ . وهكذا إنْ كانتْ قيمَةُ

صاعِ المريضِ ثَلاثينَ أو أربعينَ أو أكثرَ وإنَّما يصِحُّ) البيعُ (في ثُلُثِه بثُلُثِه بهذا الاعتِبارِ) وهو النِّسبَةُ المذْكورَةُ ففيما لو كانتْ قيمَتُه ثَلاثينَ وقد أتْلَف عَشرَةً يبقَى مالُه عِشرينَ كأنَّه كُلُّ مالِه ، والمحاباةُ عِشرونَ فثُلُثُ مالِه ثُلُثُ المحاباةِ فيصِحُّ البيعُ في ثُلُثِ صاعٍ لأنَّ ثُلُثَ صاعِ صاحِبه ثَلاثةٌ وثُلُثٌ ، فالمحاباةُ سِتَّةٌ وثُلُثانِ وقد بَقِي للورَثةِ ثُلُثا صاعٍ وهو عِشرونَ يغرَمُونَ منها للمُشتري قيمَةَ ثُلُثَيْ صاعِه وهو سِتَّةٌ وثُلُثانِ يبقَى لهم ثَلاثةَ عَشرَ وثُلُثٌ وهي مِثل المحاباةِ .

(فصلٌ : وإذا جَمع) في صَفقَةٍ (بين عَقدَينِ مُختلِفِي الحُكْمِ [١] كبيعٍ وإجارَةٍ [٢] أو) بيعٍ و (سَلمٍ) أو بيعٍ و (نِكاحٍ صَحَّ) كُلٌّ منهما لِصِحَّتِه مُنفردًا فلا يضُرُّ الجمْعُ ، ولا أثرَ لاختِلافِ الحُكْمِ في ذلك كما لا أثرَ له في بيعِ مَشفوعٍ وغيرِه ، واختِلافُ الحُكْمِ فيما ذُكِرَ باشتِراطِ التأْقيت في الإجارَةِ بُطلانُ البيعِ والسَّلَمُ به وعَدَمُ بُطلانِ النِّكاحِ بإخلائِه عن العِوضِ بخِلافِ البيعِ ، ويُستثنَى من ذلك ما لو كان أحدُ العقْدَينِ جائزًا كالبيعِ والجعالَةِ إذْ يُمكِنُ الجمعُ بينهما ذَكرَه الرَّافعيُّ في المسابَقَةِ [٣] وتقييدُهم العقْدَينِ باختِلافِ حُكْمِهما لِبَيانِ مَحَلِّ الخِلافِ ، فلو جَمع بين مُتَّفِقَيْنِ كشركةٍ وقِراضٍ كأنْ خَلطَ ألفينِ له بألفٍ لِغيرِه ، وقال شارَكْتُك على أحدِهما وقارَضْتُك على الآخَرِ فقَبلَ صَحَّ جَزمًا لِرُجوعِهما إلى إذْنٍ في التصَرُّفِ ، وإنَّما يصِحُّ

---

(١) (قولُه : بين عَقدَيْنِ مُختلِفِي الحُكْمِ إلخ) المُرادُ اختلافُهما في شُروطِ الانعِقادِ وأسباب الفسخ والانفِساخ ليتناولَ ما مَثَّلوا به اختلاف الأحكام من أنَّ التأقِيت شرطٌ لانعِقادِ الإجارَةِ وانتفاءَه شرطٌ لانعِقادِ البيعِ والسَّلَم يجِبُ قبضُ رَأسِ المالِ فيه في المجلِسِ بخلافِ الإجارَةِ والبيعِ أي إجارَةِ العينِ .

(٢) (قولُه : كَبَيْعٍ وإجارَةٍ إلخ) قال الزَّركَشيُّ : عُلِمَ من تمثيله أنَّ المُرادَ العُقودُ اللاَّزِمَةُ لِلطَّرَفَيْنِ ويُلتحَقُ بها اللاَّزِمَةُ من أحدِهما كالبيعِ والجعالَةِ وما وقَعَ في الشرحِ والرَّوضَةِ في باب المُسابَقَةِ من الامتناعِ عن الصَّيدَلانيِّ فليس من هذه الحيثيَّةِ .

(٣) (قولُه : ذكرَه الرَّافِعِيُّ في المُسابَقَة) أي فقال : إنه لو اشترَى منه رِبَوِيًّا وعَقَدَ عقدَ المُسابَقَةِ بعَشَرَةٍ فإنْ جَعَلنا المُسابَقَةَ لازِمَةً فهو كما لو جَمع في صَفقَةٍ واحدَةٍ بين بَيْعٍ وإجارَةٍ ، وفيه قولانِ ، وإنْ جَعَلناها جائِزَةً لَم يجُز لأنَّ الجمعَ بين جَعالَةٍ لا تلزَمُ وبَيْعٍ يلزَمُ في صَفقَةٍ واحدَةٍ لا يُمكِنُ ، قُلت يُمكِنُ توجيهه بأنَّه يُؤدِّي إلى تناقُضِ الأحكامِ لأنَّ العشَرَةَ لا يلزَمُ تسليمُها عن عَقدِ الجعالَةِ إلا بفراغِ العمَلِ ومن جِهَةِ الصَّرفِ يجِبُ تسليمُها في المجْلِسِ ليتوصَّلَ إلى قبضِ ما يخُصُّ الصَّرف منها ، وتنافي اللَّوازِمِ يقتضي تنافي الملزومات كما عُلِمَ ، ويُقاسُ بذلك ما إذا جَمع بين إجارَةِ ذِمَّةٍ أو سَلَمٍ وجَعالَةٍ بخلافِ الجمعِ بين البيعِ والجعالَةِ فإنَّه لا يُشترَطُ القبضُ في المجْلِسِ ب .

كُلٍّ من العقدَيْنِ (بالتوزيعِ) طَريقُه أنْ يُقال (يُوزَّعُ المسمَّى) في الأُولى على قيمة المبيعِ وأُجرةِ المؤَجَّرِ ، وفي الثانيةِ على قيمَتيْ المبيعِ والمسلِمِ وفي الثالِثةِ (على قيمَةِ المبيعِ ومَهْرِ المِثلِ) ، وخِلافُ تفريقِ الصَّفقَةِ فيها إنَّما هو في البيعِ والصَّداقِ (وأمَّا النِّكاحُ فيصِحُّ قَطعًا) لأنَّ النِّكاحَ لا يتأثَّرُ بجَهالَةِ المهرِ ، وهذا لا حاجَةَ للمُصنفِ به .

(وصورَةُ الإجارَةِ والسَّلمِ : آجَرتُك داري سَنَةً وبعتُك كذا سَلمًا بكذا ، وصورَتُها مع البيعِ : بعتُك عبدي وأجَّرتُك داري سَنَةً بكذا ، و) صورَةُ (جَمعِ النِّكاحِ والبيعِ زَوَّجتُك جاريتي [١] وبعتُك عبدي بكذا أو) زَوَّجتُك (بنتي وبعتُك عبدَها) بكذا (وهي تحت حِجْرِه أو) رَشيدَةً و (وكَّلَته) في بيعِ عبدِها ، بخِلافِ ما لو قال : زَوَّجتُك بنتي وبعتُك عبدي بكذا لا يصِحُّ البيعُ والصَّداقُ ، كما لو كان لِكُلٍّ منهما عبدٌ فباعاهما بثَمَنٍ واحِدٍ كما مَرَّ ، ويصِحُّ النِّكاحُ بمَهرِ المِثلِ ثُم شرطُ التوزيعِ في زَوَّجتُك بنتي وبعتُك عبدَها أن تكونَ حِصَّةُ النِّكاحِ مَهرَ المِثلِ فأكثَرَ ، فإنْ كانتْ أقَلَّ وجَبَ مَهرُ المِثلِ ، كما ذَكرَه في المجمُوعِ ، نَعَم إنْ أذِنَتِ الرَّشيدَةُ في قدرِ المسَمَّى فظاهرٌ أنَّه يُعتبَرُ التوزيعُ مُطلَقًا .

(وإنْ جَمعَ بيعًا وكِتابَةً فقال لِعبدِه كاتبتُك على نَجْمَتينِ وبعتُك ثَوْبي بألفٍ لم يصِحَّ البيعُ) لِتقَدُّمِ أحدِ شِقَّيْه على مَصيرِ العبدِ من أهلِ مُبايعَةِ السَّيِّدِ [٢] .

(وصَحَّ في الكِتابَةِ بالقِسطِ) الحاصِلُ بتوزيعِ المسَمَّى على قيمَتيْ العبدِ والمبيعِ فما خَصَّ العبدَ لزِمَه مُنَجَّمًا فإذا أدَّاه عَتَقَ ، وكلامُه كأصْلِه يُوهِمُ أو يقتضي أنَّ هذا من الجمعِ بين مُختلِفي الحُكمِ ، وهو ظاهرُ كلامِ التنبيه ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : واختِلافُ الحُكمِ فيهما أنَّ الكِتابَةَ يستقِلُّ بفسخِها المكاتبُ بخِلافِ البيعِ ، وهو خِلافُ ما صرَّحَ

---

(١) (قوله : زَوَّجتُك جاريتي إلخ) أي إذا كان مِمَّن تحِلُّ له الأمَةُ .

(٢) (قولُه لِتقَدُّمِ أحدِ شَقيقِه على مَصيرِ العبدِ من أهلِ مُبايعَةِ السَّيِّدِ) قال البُلقِينيُّ يُستثنَى منه ما إذا كان المُكاتبُ مُبَعَّضًا وبينه وبين سَيِّدِه مُهاياَةٌ وكان ذلك في نوبةِ الحُرِّيَّةِ فإنَّه يصِحُّ البيعُ أيضًا لِفقدِ المعنَى المُقتضي لِلإبطالِ وهو أحدُ شِقَّيْه على مَصيرِ العبدِ أهْلا لِمُبايعَةِ السَّيِّدِ ، قال : ويجوزُ مُعامَلَةُ المُبَعَّضِ مع السَّيِّدِ في الأعيانِ مُطلَقًا وفي الذِّمَّةِ إذا كان بينهما مُهاياَةٌ قال : ولَم أرَ مَنْ تعَرَّضَ لِذلك وهو من دَقيقِ الفِقه ز .

به الرَّافعيُّ في الكِتابَةِ وجَماعَةٌ هنا من أنَّه من الـجمعِ بين حَلالٍ وحَرامٍ (١) ، ولِهذا بَطَلَ البيعُ على الأصَحِّ .

(فصلٌ : وتتعَـدَّدُ الصَّفقَـةُ بتعَدُّدِ البـائِع) كـ «بعناك هذا بألفٍ» فيقبَلُ منهما كأنْ يقولَ قَبلْت أو قَبلْت نِصْف / كُـلٌّ منكُما بخَمسِمائَةٍ ، **(وكذا)** بتعَدُّدِ **(المشتري)** (٢) كبعتُكُما هذا بألفٍ فيقبَلانِ منه كأنْ يقولا قَبلْنا أو يقولَ كُلٌّ منهما اشتريت نِصْفه بخَمسِمائَةٍ سواءٌ قالاه في الثانيةِ مَعًا أم مُرَتَّبًا ولم يطُلِ الفصْلُ ، فيجوزُ في ذلك إفرادُ كُلِّ نَصيبٍ بردِّه بالعيْب ، وإذا بانَ نَصيبُ أحدِ البائِعَيْنِ حُرًّا مَثَلا فلا خِلاف في صِحَّةِ بيعِ نَصيب الآخَرِ ، ولو باعَ اثنانِ من اثنَيْنِ كان العقْدُ أربعَةً أو ثلاثةً من ثَلاثةٍ كان العقْدُ تِسعَةً (٣) فلِكُلٍّ من الثلاثةِ أنْ يرُدَّ تُسعَ المبيعِ على كُلٍّ من البائِعينَ الثلاثةِ كما سيأتي في باب خيارِ النَّقْصِ . ٤٦/٢

(و) تتعَـدَّدُ **(بتفصيـلِ الثمَـنِ** (٤) **فقولُـه بعتُـك هـذا بمِائَةٍ وهـذا بخَمسـينَ صَفقَتـانِ ولو قال)** المشتري **(قَبلْتهما)** أو قَبلْت **(بمِائَةٍ وخَمسينَ)** (٥) لأنَّ القبولَ يترَتَّبُ على الإيجاب ، فإذا وقَعَ مُفصَّلا وقَعَ القَبولُ كذلك ، ولو قال بعتُك عبدي

---

(١) (قوله : من أنَّه الجمْعُ بين حَلالٍ وحَرام) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه وكذا بتعَدُّدِ المُشتري) قال الأذْرَعيُّ : صورَةُ تعَدُّدِ المُشتري أنْ يقولَ بعتُكُما كذا بألفٍ فيقولانِ قبلنا أو اشترَيْنا أو يقولَ كُلٌّ منهما اشترَيْت نِصْفه بخَمسِمائَةٍ سَواءٌ قالا مَعًا أم مُرَتَّبًا إذا لَم يطُلِ الفصْلُ ، وللإمام في هذه احتمالٌ ، ولـو قال بعتُك يا زَيْدُ هذا بكـذا وبعتُك يا عَمرو هذا بكذا فقبلَ أحدُهما فقَطْ صحَّ قَطْعًا ، ولَم ينظُروا إلى تخَلُّلِ الإيجاب الآخَرِ بين الإيجاب والقبولِ الآخَرِ .

(٣) (قوله : أو ثلاثة من ثَلاثةٍ كان العقدُ تسعَةً إلخ) العدَدُ الكَثيرُ في تعَدُّدِ الصَّفقَةِ بحَسبه كالقليلِ ، وفي الخادِمِ أنَّه ينبَغي تقييدُه بما إذا لَم يطُلِ الفصْلُ فإنْ طالَ صحَّ فيما لَم يطُل . ا هـ . مُلَخَّصًا ، والمُتَّجه اعتِمادُ إطْلاقِهم ولا يضُرُّ الطُّولُ لأنَّه فصَلَ بما يتعَلَّقُ بالعقدِ وهو ذِكْرُ المعقودِ عليه (أن) .

(٤) (قوله : وتتعدَّدُ بتفصيلِ الثمَنِ إلخ) شرطُ التفصيلِ أنْ لا يتقَدَّمَه إجمالٌ يُخالِفُه فلو قال بعتُك هذا العبدَ بألفٍ نِصْفُه بسِتِّمِائَةٍ لَم يصِحَّ لأنَّ ابتداءَ الكلامِ يقتضي توزيعَ الثمَنِ على المُثَمَّنِ بالسَّويَّةِ وآخرُه يُناقِضُه .

(٥) (قولـه : ولو قال قبلتهما بمِائَةٍ وخَمسينَ) وكما قال بعتُك هذَيْنِ العبـدَيْنِ بألفٍ كُلُّ واحدٍ منهما بخَمسِمائَةٍ . (تنبيهٌ) عُلِمَ أنَّ الصَّفقَةَ لا تتعَدَّدُ بتعَدُّدِ الثمَنِ فقَطْ كما إذا قال بعتُك هذا وهذا الثوبَ بألفٍ فقبلَ ولا بتعَدُّدِ المُثَمَّنِ فقَطْ كما إذا قال بعتُك هذا بدرهَمٍ وبدينارٍ وبثَوبٍ وإنَّما تتعَدَّدُ بتعَدُّدِهما .

بألفٍ وجاريتي بخمسمائةٍ فقبلَ أحدُهما بعَيْنِه ، قال القاضي فالظَّاهرُ الصِّحَّةُ (١) .

(وفائِدَةُ التعَدُّدِ) يعني : ومن فوائِدِ تعَدُّدِ الصَّفقَةِ (أنَّه لو وزَنَ) فيما لو باعَ واحِدٌ ومن اثنَيْنِ مَثَلا صَفقَةً (حِصَّةَ أحدِهما) من الثَّمَنِ (لَزِمَ البائِعَ أنْ يُسَلِّمَه) حِصَّته من المبيعِ تسليمَ المشاعِ (نَعَم لو باعَهما عبدَه بألفٍ فقَبِلَ أحدُهما نصْفه بخمسمائةٍ أو باعاه عبدٌ بألفٍ فقَبِلَ نَصيبَ أحدِهما بخَمسمائةٍ لم يصِحَّ) لأنَّ الإيجابَ وقَعَ جُملَةً وهو يقتضي الجوابَ كذلك صحّحه في الأصلِ (٢) ، وفي المجمُوعِ هنا قال الأذرَعيُّ تبعًا للإسنَويِّ : والحامِلُ على تضحيحِه يعني في الصُّورَةِ الأُولى تصحيحُ البَغوِيِّ ، ونَقْلُ الإمامِ له عن الأصحاب لكنَّ المذهَبَ في التتِمَّةِ الصِّحَّةُ ، وهو القياسُ ، وبه جَزَمَ الشيخُ أبو حامِدٍ والقاضي أبو الطَّيِّب والبَنْدَنيجيّ والماورديُّ وابنُ الصَّبَّاغِ والجُرجانيُّ ، وقال الإمامُ : إنَّه أظهَرُ في القياسِ ، ورَجَّحَه الغزاليُّ والرُّويانيُّ في الحِلْيةِ ، وابنُ الرِّفعَةِ في المطلَب قال : لأنَّه لو وقَف صِحَّةَ قَبولِ أحدِهما على قَبولِ الآخَرِ لم يصِحَّ العقْدُ وبالصِّحَّةِ جَزَمَ في المجمُوعِ في باب ما نُهي عنه من بيعِ الغرَرِ ، قال : لأنَّ إيجابَه لهما بمَنْزِلَةِ عَقدَيْنِ لِكُلِّ واحِدٍ عَقْدٌ فصَحَّ قَبولُ أحدِهما دون الآخَرِ ثُم حَكى الصُّورَةَ الثانيةَ وجَزَمَ فيها بالصِّحَّةِ قال - أعني الأذرَعيَّ - والظَّاهرُ أنَّ مَحَلَّ الخِلافِ فيما إذا كان البائِعُ هو المالِكَ لِحَظِّ نفسِه بخِلافِ ما لو كان وليًّا أو وصيًّا أو قيِّمًا لأنَّ التشقيصَ يضُرُّ بالمولى عليه ، وإنَّما قُلْت لِحَظِّ نفسِه احترازًا عمَّا لو كان المبيعُ مَرهونًا أو جانيًا أو كان المالِكُ مُفلِسًا فأجْبَرَه الحاكِمُ على بيعِه في هذِه الأُمورِ فيُشبه أنْ لا يصِحَّ قَبولُ أحدِهما في نِصْفِه قَطعًا إذا كان التشقيصُ يضُرُّ بالغُرَماءِ وهو الغالِبُ ، كما لو وكَّلَ ببيعِ عبدٍ ليس له أنْ يبيعَ نِصْفه فلو باعَ نِصْفه لم يصِحَّ .

(فرعٌ : والاعتِبارُ في تعَدُّدِ الصَّفقَةِ بالعاقِدِ (٣) لا المعقودِ له) لِتعَلُّقِ أحكامِ العقدِ به كرُؤْيةِ المبيعِ وثُبوتِ خيارِ المجلِسِ نَعَم العِبْرَةُ بعَكْسِه في الشُّفعَةِ

---

(١) (قوله : قال القاضي فالظَّاهرُ الصِّحَّةُ) ما قاله القاضي جارٍ على مُقابلِ الأصحِّ في المسألتَينِ الآتيتَينِ فالأصحُّ عَدَمُ الصِّحَةِ لأنَّ القبولَ غيرُ مُطابقٍ لِلإيجاب .

(٢) (قوله : كذا صحَّحَه الأصلُ) أشارَ إلى تصحيحِه قال شيخُنا عليه : هو المُعتمَدُ ، ويدُلُّ على ذلك ما مَرَّ من تضعيفِ كلامِ القاضي لِوُقوعِ القبولِ غيرِ مُطابقٍ لِلإيجاب فلا أثَرَ لِتعَدُّدِ الصَّفقَةِ هنا لأنَّه خَلَفَ ذلك أمرٌ آخَرُ .

(٣) (قوله : والاعتبارُ في تعَدُّدِ الصَّفقَةِ بالعاقِدِ) أي كوكيلٍ وحاكِمٍ ووليٍّ ورَقيقٍ مَأذونٍ .

والرَّهْنِ كما يُعلمُ من محَلِّهما ، لأنَّ مَدارَ الشُّفْعَةِ على اتِّحادِ المِلْكِ وعَدَمِه والرَّهْنُ على اتِّحادِ الدّيْنِ وعَدَمِه [١] .

(فلو اشترَى) وكيلٌ **(لِرَجُلَيْنِ)** شَيْئًا فخرج مَعيبًا **(لم يكنْ لأحدِهما الرَّدُّ)** أيْ إفرادُ نَصيبه بالرَّدِّ **(بالعيْب ، كما لو اشترَى)** شَيْئًا **(ومات عن ابنَيْنِ)** وخرج مَعيبًا **(لم يكنْ لأحدِهما الرَّدُّ بالعيْب ، ولو اشترَيا له)** وكالَةً **(رَدَّ)** جوازًا **(عَقْدَ أحدِهما)** بالعيْب **(ولو باعَ لهما)** وكالَةً **(لم يرُدَّ نَصيبَ أحدِهما)** بالعيْب **(أو باعا له)** وكالَةً **(رَدَّ)** جوازًا نَصيبَ أحدِهما بالعيْب اعتِبارًا بالعاقِدِ في الخمسِ **(وحَيْثُ لا رَدَّ فلِكُلٍّ)** ممَّن امتنَعَ عليه الرَّدُّ من أحدِ الموكِّلَيْنِ أو الابنَيْنِ أو المشتري **(الأرْشُ)** على البائِعِ **(ولو لم ييأس من رَدِّ صاحِبه)** لِظُهورِ تعَذُّرِ الرَّدِّ .

(بابُ خيارِ المجلِسِ والشرطِ) [٢]

الخيارُ ضَربانِ : خيارُ نَقْصٍ وسيأْتي . وخيارُ تروٍّ ، وهو ما يتعَلَّقُ بمُجَرَّدِ التشَهّي [٣] وله ، سَبَبانِ : المجلِسُ ، والشرطُ ، كما عَبَّرَ بهما الأصلُ لا خيارَ لهما وإنْ عَبَّرَ بهما المصنفُ حَيْثُ قال : **(خيارُ الترَوِّي يتعَلَّقُ بسَبَبينِ الأولِ)** منهما **(خيارِ المجلِسِ)** بدَأبه لِثُبوتِه بالشرعِ بلا شرطٍ **(فيثبُتُ في كُلِّ عَقْدِ مُعاوضَةٍ محْضَةٍ)** وهي التي تفسُدُ / بفسادِ عِوضِها **(واقِعَةٍ على العيْنِ)** لا المنفعَةِ **(ولو استعقَبَ)** العقْدَ المذكُورَ **(عِتقًا [٤] كالبيعِ)** ولو لِمَن يُعتقُ على المشتري كأبيه وابنِه ٤٧/٢
قال ﷺ : «البَيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا [٥] إلا بيعَ ....

(١) (قوله : على اتِّحادِ الدَّيْنِ وعَدَمِه) أي لأنَّه ليس عَقدَ عُهْدَةٍ حتى ينظُرَ فيه المُباشِرُ .

(٢) (بابُ خيارِ المجْلِسِ والشرطِ) لَمَّا فرَغَ من صِحَّةِ العقدِ وفسادِه شَرَعَ في لُزومِه وجَوازِه .

(٣) (قوله : وهو ما يتعَلَّقُ بمُجَرَّدِ التشَهّي) ومَعلومٌ أنَّ الوليّ أو الوكيلَ لا يفعَلُ إلا ما فيه المصْلَحةُ ومَنْ خالَفَ في خيارِ المجْلِسِ تعَلَّقَ بأُمورٍ أكثرُها تشغيبٌ لا أصلَ له والأصحُّ أنَّه لو حَكمَ حاكِمٌ بإبطالِه نُقِضَ حُكمُه .

(٤) (قوله : ولو استعقبَ عِتقًا) ينبَغي أنْ يستثني البيعَ الضِّمنيَّ في قوله اعتق عبدَك عَنّي على كذا ، فإنَّه لا بُدَّ من تقديرِ دُخوله في مِلكِ المُشتري قبلَ العِتقِ عليه وذلك في زَمَنٍ لَطيفٍ لا يتأتَّى معه تقديرٌ آخَرُ ، فالخيارُ فيه غيرُ مُمكِنٍ رُقَّ .

(٥) (قوله : «ما لَم يتفرَّقا») في حَديثِ عَمرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه عبدِ الله بنِ عَمرِو بنِ العاصي عندَ البيهَقِيِّ والدَّارَقُطنيِّ «ما لَم يتفرَّقا عن مَكانِهما» .

.... الخيارِ» [١] أي التخايُرَ فإنَّه مُلْزِمٌ كتفرُّقِهما ، وقال : «البَيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا أو يقولَ أحدُهما للآخرِ اختر» رواهما الشيخانِ [٢] ، وقوله أو يقولَ قال في المجمُوع : مَنصوبٌ بأو بتقديرِ إلا أنْ أو إلى أنْ ، ولو كان مَعطوفًا لجَزَمَه ، فقال أو يقُلْ ، وخرج بالمعاوضَةِ غيرُها كالهبَةِ والإبْراءِ وصُلْحِ الحطيطَةِ والوقْفِ والعِتْقِ والطَّلاقِ ، وبالمحضَةِ غيرُها كالصُّلْحِ عن دَمٍ [٣] والنِّكاحِ والخُلْعِ ، فلا خيارَ في شيءٍ منها لأنَّه ليس بيعًا ، والخبَرُ إنَّما ورَدَ في البيعِ وسيأتي بعضُ ذلك .

واعلم أنَّ الخيارَ في البيعِ رُخصَةٌ شُرِعَ لِلتَّروِّي ودَفعِ الضَّرَرِ [٤] فهو عارِضٌ ، والأصلُ لُزومُه لا بمعنى أنَّه عَرَضَ بعدَ اللُّزومِ ، بل بمعنى أنَّ البيعَ من العُقودِ التي يقتضي وضعُها اللُّزومَ ليتمَكَّنَ العاقِدُ من التصَرُّفِ فيما أخَذَه آمِنًا من نَقْضِ صاحِبه عليه أو بمعنى أنَّ الغالِبَ من حالاتِه اللُّزومُ ذَكرَه الرَّافعيُّ [٥] ، **(والسَّلم)** أيْ وكالسَّلمِ **(والتوْليةِ والتشريكِ وصُلْحِ المعاوضَةِ)** على غيرِ مَنفعَةٍ **(ولو في عَقْدٍ تولَّى الأبُ)** وإنْ عَلا **(طرَفيْه كبيعِ مالِ نفسِه لوِلَدِه)** أو عَكْسِه لِظاهرِ الخبَرِ السَّابقِ في غيرِ الأخيرَتيْنِ ، وأمَّا في الأخيرَتيْنِ فلأنَّ الأبَ أُقيمَ مَقامَ الشخصَيْنِ في صِحَّةِ العقدِ ، فكذا في الخيارِ ، ولفظُ الخبَرِ ورَدَ على الغالِب **(فإنْ فارَقَ)** الأبُ **(مجْلِسَه أو اختارَ لهما)** اللُّزومَ **(لَزِمَ أو)** اختارَ **(لِنفسِه بَقِي)** الخيارُ **(للولَدِ)** وكذا بالعكسِ كما في البَسيطِ [٦] ، وخرج بصُلحِ المعاوضَةِ صُلْحُ الحطيطَةِ لأنَّه هبَةٌ أو

---

(١) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، حديث (٢١١١) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، حديث (١٥٣١) عن ابن عمر مرفوعًا .

(٢) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا لم يوقت في الخيار ، هل يجوز البيع ؟ ، حديث (٢١٠٩) ، ورواه مسلم ، في الكتاب والباب السابقين ، حديث (١٥٣١) .

(٣) (قوله : كالصُّلح عن دَم) أي لأنَّ المالَ فيه غيرُ مَقصودٍ ر ز .

(٤) (قولـه : لِلتَّروِّي ودَفعِ الضَّرَرِ) شَمِلَ بَيْعَ الجِنْسِ الـرِّبَوِيِّ بمِثْلِه ولا يلـزَمُ من اشتراطِ المُماثَلَةِ فيه استواءُ الأمرَيْنِ .

(٥) (قوله : ذكرَه الرَّافِعيُّ) قال الزَّركَشيُّ : والظَّاهِرُ أنَّ مُرادَ الغزاليِّ الأوَّلُ فإنَّ إمامَه قال في كِتاب الرَّهْنِ : وقد عَدَدنا الخيارَ من الرُّخَصِ التي لا يُعَدَّى بها مواضِعَها حتى لا تجوزُ أكثرَ من ثلاثةِ أيَّامٍ .

(٦) (قولـه : كما في البسيطِ) وقـال غيرُه : وإذا لَزِمَ العقدُ مـن طَـرَفٍ بَقِيَ الآخَـرُ وقال صاحِبُ الاستقصاءِ : فإذا بَطَلَ خيارُ أحدِهما ثَبَت لِلآخَرِ وهو ما في الذَّخائِرِ هذا هو الصَّوابُ ......=

إبراءٌ .

(ولا يثبُتُ) الخيارُ (في العُقودِ الجائِزَةِ من الجانِبين كالشركةِ والقِراضِ) والوكالةِ الوديعَةِ والعاريَّةِ والقَرضِ والجعالَةِ (أو) من (أحدِهما كالكِتابَةِ والرَّهْنِ) لأنَّها ليست بيعًا ، ولأنَّ الجائِزَ في حَقِّه بالخيارِ أبَدًا فلا معنى لِثُبوتِه له ، والآخَرُ وطَّنَ نفسَه على الغبْنِ المقْصودِ دَفعُه بالخيارِ ، لكنْ لو كان الرَّهْنُ مَشروطًا في بيعٍ وأقبَضَه قبلَ التفرُّقِ أمكنَ فسخُه بأنْ ينفسِخَ البيعُ فينفسِخَ وهو تبعًا ذَكرَه الأصلُ ، (ولا) يثبُتُ (في الوقْفِ والهبَةِ) كما مَرَّ ولأَنْ كانتِ الهبَةُ ذات ثَوابٍ لأنَّها لا تُسَمَّى بيعًا كذا قاله الشيخانِ هنا ، لكنَّ حاصِلَ كلامِهما في بابها أنَّها بيعٌ [1] وأنَّه يثبُتُ فيها الخيارُ ، وحُمِلَ ما هنا على القولِ بأنَّها هبَةٌ [2] وإنْ قُيِّدَتْ بثَوابٍ مَعلُومٍ ، وهناك على القولِ بأنَّ المقَيَّدَةَ بثَوابٍ مَعلُومٍ بيعٌ ، ويُؤَيِّدُه تعليلُهم هنا بأنَّها لا تُسَمَّى بيعًا ، قال الأذْرَعيُّ : والصَّوابُ ما هناك فقد جَزَمَ به الشيخُ أبو حامِدٍ والقاضي أبو الطَّيِّب والمحامِليُّ والدّارِميُّ وابنُ الصَّبَّاغِ والجُرجانيُّ والعِمرانيُّ وغيرُهم ، (ولا في الشُّفعَةِ) فلا خيارَ فيهما للمُشتري إذ الشِّقْصُ مَأْخوذٌ منه قَهْرًا ولا لِلشَّفيعِ ، وإنْ كانتْ مُعاوضَةً مَحضَةً [3] إذ يبْعُدُ تخصيصُ خيارِ المجلِسِ بأحدِ الجانِبينِ .

وخالَف الرَّافعيُّ فصحّح في بابها ثُبوته لِلشَّفيعِ ، واستدرَكه عليه في الرَّوْضَةِ فصحّح المنعَ وحَكاه عن الأكثَرِينَ ، وإذا قُلْنا به فهل مَعناه أنْ يتخَيَّرَ في المجلِسِ

= ولا أحسِبُ فيه خلافًا .

(١) (قوله : لكنَّ حاصِلَ كلامِهما في بابها أنَّها بَيْعٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وحُمِلَ ما هنا على القولِ بأنَّها هبةٌ إلخ) الجمعُ بين الكلامَيْنِ أنَّه إذا وهَبَ وشَرَطَ ثوابًا مَعلومًا انعَقَدَ بَيْعًا على الصَّحيحِ وترَتَّبَتْ عليه أحكامُ البيعِ من الخيارِ والشُّفعَةِ وغيرِهما ، وهذا هو المُرادُ في باب الهبةِ ، وإنْ وهَبَ ولَم يشرِطْ شيئًا وقُلنا الهبةُ تقتضي الثوابَ أو وهَبَ بشرطِ ثوابٍ مَجهولٍ وفرَّعنا على الوجه المرجوحِ أنَّه صحيحٌ فهذا ليس بَيْعًا ، وهذا هو المُرادُ هنا ؛ ولهذا قال في تعليلِه : إنه لا يُسَمَّى بَيْعًا ، قال ابنُ العِمادِ : وأصلُه لِلسُّبكيِّ وإذا أمكَنَ الجمعُ بين الكلامَيْنِ ولو على بُعدٍ لَم يُعدَل إلى التناقُضِ قال شيخُنا : ولا يقدَحُ في الجمعِ المذكورِ انتفاءُ الخيارِ لِعَدَمِ صِحَّةِ ما وقَعَ لِصِدقِ اسمِ الهبةِ المذكورَةِ مع فسادِها فصحَّ نفيُ الخيارِ فيها وإنْ وجَدَ له ما يقتضي نفيه أيضًا من حيثيَّةٍ أُخرى .

(٣) (قوله : وإنْ كانتْ مُعاوضَةً مَحْضَةً إلخ) لأنَّه إزالَةُ مِلكٍ لِدَفعِ الضَّرَرِ فلَم يثبُتْ فيه الخيارُ كالرَّدِّ بالعيبِ .

بعدَ الأخذِ بين رَدِّ المِلْكِ وإمساكِه أو أنَّه يتخَيَّرُ فيه قبلَ الأخذِ بين الأخذِ وتركِه ؟ وجهانِ أصَحُّهما في المجموعِ الأولُ ، فالمرادُ بالمجلسِ مَجْلِسُ التمَلُّكِ **(و)** لا في **(الحوالَةِ)** لأنَّها جُعِلَتْ مُعاوضَةً ليستْ على قَواعِدِ المعاوضاتِ إذْ لو كانتْ كذلك لَبَطَلَتْ لامتِناعِ بيعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ **(ولا في النِّكاحِ)** لأنَّه ليس بيعًا ولأنَّه واردٌ على مَنفعَةٍ فكان كالإجارَةِ وسيأتي .

(و) في **(الصَّداقِ)** وعِوضِ الخُلْعِ لأنَّهما وإنْ قُدِّرَ استِقْلالُهُما لا خيارَ فيهما تبعًا لِلنِّكاحِ والخُلْعِ . **(و)** لا في **(المساقاةِ والإجارَةِ أيضًا)** وإنْ كانتا من عُقودِ المعاوضَةِ المحضَةِ ؛ لِئَلا يجتمِعَ غَرَرُ وُرودِه على مَعدومٍ وغَرَرُ الخيارِ ؛ ولأنَّ المنفعَةَ تفوتُ بمُضيِّ الزَّمَنِ فألزَمنا العقْدَ لِئَلا يتلَفَ جُزْءٌ [١] من المعقودِ عليه لا في مُقابَلَةِ العِوضِ ، وقَضيَّةُ العِلَّةِ الأُولى عَدَمُ ثُبوتِ الخيارِ في السَّلمِ ، وليس كذلك كما مَرّ [٢] ./ وقَضيَّةُ كُلٍّ من العِلَّتَينِ عَدَمُ ثُبوتِه في البيعِ الوارِدِ على مَنفعَةٍ [٣] كحَقِّ ٤٨/٢
الممَرِّ ، ظاهرُ كلامِهم أو صَريحُه يُخالِفُه قال القَفَّالُ وطائفةٌ : ومَحَلُّ الخِلافِ في إجارَةِ العينِ ، أمَّا إجارَةُ الذِّمَّةِ فيثبُتُ فيها الخيارُ قَطعًا كالسَّلمِ ذَكرَه الأصلُ [٤] ، وقيلَ يثبُتُ أيضًا في الإجارَةِ المقَدَّرَةِ بمُدَّةٍ وصحَّحه النَّوويُّ في تصْحيحِ التنْبيه ، والمشهورُ خِلافُه [٥] .

(وإذا اشترَى مَنْ يُعتقُ عليه فالعِتْقُ مَوْقوفٌ) سواءٌ قُلْنا : المالِكُ مَوْقوفٌ أم لا **(حتّى يتفرَّقا)** أو يختارَ اللُّزومَ ، فيتبيَّنُ أنَّه عَتَقَ من حينِ الشِّراءِ [٦] .

(ويثبُتُ الخيارُ في شِراءِ الجَمْدِ ولو بشِدَّةِ الحرِّ) بحَيْثُ يَماعُ بها **(لا في شِراءِ العبدِ نفسِه)** لأنَّ مَقصودَ العِتْقِ كالكِتابَةِ ، والترجيحُ فيها وفي التي قبلها بالنِّسبَةِ

---

(١) (قوله : فألزَمنا العقدَ لِئَلاّ يتلَف جُزءٌ إلخ) فالخيارُ فيها يُؤَدّي إلى تعطيلِ المنفعَةِ أو ضَمِّ غَرَرٍ إلى غَرَرٍ .

(٢) (قوله : وليس كذلك كما مَرَّ) الفرقُ بينهما أنَّ الإجارَةَ عَقدُ مَنافِعَ مَعدومَةٍ ، والسَّلَمَ عَقدٌ على أعيانٍ فبَعُدَ عن الغرَرِ .

(٣) (قوله : ثُبوتُه في البيعِ الوارِدِ على مَنفعَةٍ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : ذكرَه الأصلُ) وحَكاه الإمامُ عن شيخه ثم قال : وفيه احتِمالٌ لأنَّها لا تُسَمَّى بَيْعًا والمُعتمَدُ في الخيارِ اسمُ المبيعِ .

(٥) (قوله : والمشهورُ خلافُه) أي في المسألَتيْنِ .

(٦) (قوله : أنَّه عَتقَ من حينِ الشِّراءِ) أي وإن كان المُشتري مُعسِرًا و جَهلَ البائعُ إعسارَه .

لِلشِّراءِ فِي شِدَّةِ الحرِّ من زيادَتِه ، وبه صرّحَ في المجمُوعِ ، قال الزَّركشيُّ في الثانيةِ : وهذا بالنِّسبَةِ للعبدِ فقط ؛ لأنَّه من جِهَةِ السَّيِّدِ بيعٌ ومن جِهَةِ العبدِ يُشبه الفِداءَ ، كما لو أقرَّ بحُرِّيَّتِه ثُم اشتراه (١) يثبُتُ الخيارُ للبائعِ دونه ، وفي الصُّورتَينِ يتبعَّضُ خيارُ المجلِسِ ابتِداءً (٢) .

(ويثبُتُ في قِسمَةِ الرَّدِّ فقط) أيْ دون قِسمَتَيِ الإفرازِ والتعديلِ سواءٌ جَرَتا بإجبارٍ أم بتراضٍ وسواءٌ قُلنا إنَّهما في حالَةِ التراضي بيعٌ أم لا ؛ لأنَّه لو امتنَعَ منهما الشريكُ أُجبرَ عليهما والإجبارُ يُنافي الخيارَ ، قال الأذْرَعيُّ : وترجيحُ الشيخينِ ذلك على القولِ بأنَّهما بيعٌ تَبَعًا فيه ترجيحَ البَغَوِيّ وغيرِه ، جَزَمَ به الماورديُّ والذي جَزَمَ به الشيخُ أبو حامِدٍ والقاضي أبو الطَّيِّب والمحامِليُّ والدّارميُّ وابنُ الصَّبَّاغِ والجُرجانيُّ والعِمرانيُّ وغيرُهم ثُبوتُ الخيارِ .

(ولو شرَطا نفي خيارِ المجلِسِ بطَلَ البيعُ) لأنَّه يُنافي مُقتضاه فأشبَهَ ما لو شرَطَ أنْ لا يُسَلِّمَ المبيعَ (ولو قال) لِعبدِه (إنْ بعتُك فأنت حُرٌّ فباعَه عَتقَ ؛ لأنَّ عِتقَ البائعِ في مُدَّةِ الخيارِ نافِذٌ) بخِلافِ ما لو باعَه بشرطِ نفيِ الخيارِ لا يُعتقُ لِعَدَمِ صِحَّةِ البيعِ .

(فصلٌ : وينقَطِعُ) خيارُ المجلِسِ (إمَّا بالتخايُرِ) (٣) من العاقِدَينِ (نحو تخايرنا العقدَ أو اخترناه أو ألزمناه) أو أمضَيناه أو اخترنا إبطالَ الخيارِ أو إفسادَه (فلو قال) أحدُهما (لِصاحِبه اختر انقطَعَ خيارُ القائلِ ولو لم يختر صاحِبُه) لِتضمُّنِه الرِّضا باللُّزومِ ، ولو اختارَ أحدُهما لُزومَه سَقَطَ خيارُه وبَقِي خيارُ الآخَرِ ، واحتمَلَ تبعيضَ الخيارِ لِوُقوعِه دَوامًا ، (والفسخُ مُقَدَّمٌ على الإجازَةِ) فلو فسَخَ

---

(١) (قوله : دونَه كما لو أقرَّ بحُرِّيَّته ثم اشتراه إلخ) الفرقُ بين المسألَتينِ واضِحٌ قال شيخُنا وهو أنَّه في مَسألَتنا مَحْضُ افتداءٍ ، وأمَّا إذا أقرَّ المُشتري بالحُرِّيَّةِ فقد يكونُ كاذبًا في نفسِ الأمرِ فوقَعَ بَيْعًا في حَقِّه باطِنًا كالبائعِ .

(٢) (قوله : وفي الصُّورَتَينِ يتبَعَّضُ خيارُ المَجْلِسِ ابتداءً) قال البُلقِينيُّ في التدريب : ضابطُ خيارِ المَجْلِسِ لا يتبَعَّضُ ابتداءً فيثبُتُ لِواحِدٍ دونَ الآخَرِ إلا في صورتَينِ : أحدِهما إذا اشترَى مَنِ اعترَفَ بحُرِّيَّته الثانيةِ في الشُّفعَةِ إذا أثبَتنا الخيارَ لِلشَّفيعِ على ما رَجَّحَه الرَّافِعِيُّ والمُصحَّحُ أنَّه لا يثْبُتُ له . اهـ . وإذا اشترَى مَن يُعتقُ عليه تَخَيَّرَ البائعُ دونَه على وجهٍ .

(٣) (قوله : إمَّا بالتخايُرِ) أي طَوعًا .

أحدُهما وأجازَ الآخَرُ قُدِّمَ الفسخُ ، وإنْ تأخَّرَ عن الإجازَةِ [١] ، لأنَّ إثباتَ الخيارِ إنَّما قَصَدَ به التمَكُّنَ من الفسخِ دون الإجازَةِ لأصالَتِها **(وتبايُعِها في العِوضَيْنِ)** ولو رِبَوِيَّيْنِ **(بعدَ القبضِ)** لهما بيعًا ثانيًا **(إجازَةٌ)** للأولِ لأنَّه رَضي بلُزومِه ، ويصِحُّ الثاني ويثبُتُ فيه الخيارُ **(ولو أجازا في الرِّبَوِيِّ)** [٢] وتفرَّقا **(قبلَ التقابُضِ بطَلَ العقدُ ، وقد سبَقَ)** بَيانُه **(في الرِّبا)** عِبارَةُ الأصلِ هنا : ولو أجازا في عَقْدِ الصَّرفِ قبلَ التقابُضِ فوجهانِ : أحدُهما تلغو الإجارَةُ فيبقَى الخيارُ . والثاني : يلزَمُ العقدُ وعليهما التقابُضُ فإنْ تفرَّقا قبله انفسَخَ العقدُ ، ولا يأثمانِ إنْ تفرَّقا عن تراضٍ وإن انفرَدَ أحدُهما بالمفارَقةِ أثِمَ ، ورَجَّحَ في المجموعِ الثاني [٣] .

(وإمَّا بالتفرُّقِ بأبدانِهما) [٤] عن مَجْلِسِ العقْدِ للخَبَرِ السَّابقِ **(فلو أقاما)** فيه **(مُدَّةً أو تماشَيا مَراحِلَ فهما على خيارِهما)** وإنْ زادَتِ المدَّةُ على ثَلاثةِ أيَّامٍ أو أعرَضا عَمَّا يتعلَّقُ بالعقْدِ ويحصُلُ بأنْ يُفارِقَ أحدُهما الآخَرَ من المجلِسِ ولو ناسيًا أو جاهلا ، وإن استمَرَّ الآخَرُ فيه لأنَّ التفرُّقَ لا يتبعَّضُ بخِلافِ التخايُرِ ، وكان ابنُ عُمَرَ راوِي الخبَرِ إذا ابتاعَ شَيْئًا فارَقَ صاحِبَه . رواه البُخاريُّ [٥] ، وروى مُسلِمٌ قامَ يمشي هينة ثُم رجع [٦] ، وعليه يُحمَلُ ما رواه الترمِذيُّ أنَّه إذا ابتاعَ شَيْئًا وهو قاعِدٌ

---

(١) (قوله : وإنْ تأخَّرَ عن الإجازَةِ) أي وإلا بَطَلَتْ فائِدَةُ مَشروعيَّةِ الخيارِ .

(٢) (قوله : ولو أجازَ في الرِّبَوِيِّ إلخ) السَّلَمُ وإجارَةُ الذِّمَّةِ كذلك .

(٣) (قوله : ورَجَّحَ في المجموعِ الثاني) قال الأذرَعِيُّ : وإنَّما يجيءُ هذا على قولِ ابنِ سُرَيْجٍ وأمَّا على المذهَبِ فيبطُلُ جَزْمًا ، إذ الإجازَةُ تُفرَّقُ حُكْمًا ، وقولُه : وأمَّا على المذهَبِ أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ أيضًا أطلَقَ في المجموعِ هنا نَقلا عن الأصحاب ونَقَله في الخادِمِ عن النصِّ ، وصَوَّبَه أنَّ تفرُّقَ المُتعاقِدَيْنِ في بَيْعِ الرِّبا قبلَ التقابُضِ لا يكفيهما في مَنْعِ الإثمِ كما يأثمانِ بالعقدِ مع التفاضُلِ فإنْ تعذَّرَ التقابُضُ وأرادا التفرُّقَ لَزِمَهما أنْ يتفاسَخا قبله قال في المجموعِ في باب الرِّبا قال المُصَنِّفُ والأصحابُ وإذا تخايرا في المجْلِسِ قبلَ التقابُضِ فهو كالتفرُّقِ فيبطُلُ العقدُ لأنَّ التخايُرَ كالتفرُّقِ هذا هو المذهَبُ وبه قَطَعَ الجُمهورُ ، وقال ابنُ سُرَيْجٍ لا يبطُلُ لِظاهِرِ الحديثِ فإنَّه يُسَمَّى يدًا بيدٍ ز .

(٤) (قوله : وأمَّا بالتفرُّقِ بأبدانِهما إلخ) ويُعتبَرُ فيه العُرفُ لأنَّ ما ليس له حَدٌّ شرعًا ولا لُغَةً يُرجَعُ فيه إلى العُرفِ .

(٥) البخاري ، كتاب البيوع ، باب كم يجوز الخيار ، حديث (٢١٠٧) وفيه قال نافع مولى ابن عمر : وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه .

(٦) رواه مسلم ، في البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، حديث (١٥٣١) ....=

قامَ ليجِبَ له [(١)] وقَضيَّةُ ذلك حِلُّ الفِراقِ خَشيةَ أن يستقيله صاحِبُه ، وهو مُشكِلٌ بما رواه التِرمِذيُّ وحَسَّنه أنَّه ﷺ قال «البَيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا إلا أنْ تكونَ صَفقَةَ خيارٍ ولا يحِلُّ له أنْ يُفارِقَ صاحِبَه خَشيةَ أنْ يستقيله [(٢)]» ، وقد يُجابُ بحَملِ الحِلِّ في الخبَرِ على الإباحَةِ المستويةِ الطَّرَفيْنِ ، ويُعتبَرُ في التفرُّقِ العرف.

٤٩/٢ (فإنْ / كانا في سَفينَةٍ) أو دارٍ (أو مَسجِدٍ صَغيرٍ) كُلٌّ منهما (فبخُروجِ أحدِهما) منه (أو صُعودِه إلى السَّطحِ) ينقَطِعُ الخيارُ (وإنْ كانا في دارٍ كبيرَةٍ فبالخُروجِ من البيتِ إلى الصَّحنِ أو من الصَّحنِ إلى الصُّفَّةِ) أو البيتِ (وإنْ كانا في سوقٍ أو صَحراءَ أو بيتٍ مُتفاحِشِ السَّعَةِ فبأنْ يُولِّيَ) أحدُهما الآخَرَ (ظَهْرَه ويمشي قَليلا [(٣)] ، ولو لم يبعُدْ عن سَماعِ خِطابه ولا يحصُلُ) التفرُّقُ (بإقامَةِ سِتْرٍ ولو ببناءِ جِدارٍ) بينهما ؛ لأنَّ المجلِسَ باقٍ ، نَعَم إنْ بَنَياه أو بُني بأمرِهما [(٤)] حَصَلَ التفرُّقُ ، جَزَمَ به الغزاليُّ في بَسيطِه والقاضي مُجَلِّي وذكرَ نَحوه الإمامُ وغيرُه ، قال الأذْرَعيُّ : وهو المتَّجه لِدَلالَتِه على المفارَقَةِ ، وخالَف والِدُ الرُّويانيِّ فصحّح عَدَمَ الحُصولِ [(٥)] بذلك .

(فرعٌ : لو تنادَيا بالبيعِ من بُعدٍ ثَبَت لهما الخيارُ) وامتدَّ (ما لم يُفارِقْ

= وفيه قال نافع : «فكان ابن عمر إذا بايع رجلا فأراد أن لا يُقيله قام فمشى هنية ثم رجع إليه» .

(١) رواه الترمذي ، في كتاب البيوع ، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، حديث (١٢٤٥) وفيه قال نافع : «فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ؛ ليجب له البيع» . قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٢) الترمذي (٣/٥٥٠) في الكتاب والباب السابقين ، حديث (١٢٤٧) .

(٣) (قوله : ويمشي قَليلا إلخ) قال في الأنوارِ : والمشيُ القليلُ ما يكونُ بين الصَّفَّيْنِ ولو كان في سَفينَةٍ كَبيرَةٍ فالنُّزولُ إلى الطَّبَقَةِ التحتانيَّةِ تفرُّقٌ كالصُّعودِ إلى الفوقانيَّةِ وفي صَغيرَةٍ لا طَريقَ إلا بالخُروجِ أو التخايُرِ ، وقولُه وما يكونُ بين الصَّفَّيْنِ أي ثَلاثةَ أذْرُعٍ .

(٤) (قوله : نَعَم إنْ بَنَياه أو بُني بأمرِهما إلخ) وقيلَ إنْ بَناه أحدُهما بلا إذْنٍ فكالهَرَب أو غيرُهما فالحلُّ كَرهًا .

(٥) (قوله : فصحَّحَ عَدَمَ الحُصولِ بذلك) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وقال ابنُ الأُستاذ ولو جُعِلَ بينهما حاجِزٌ من بناءِ حائطٍ أو نَهرٍ أو غيرِه لَم يحْصُل التفرُّقُ ونَقَلَ الرُّويانيُّ عن والِدِه وجهًا أنَّه يحْصُلُ التفرُّقُ إذا كان بأمرِهما وهو غَريبٌ . ا هـ . أي لأنَّ التَفرُّقَ في الأبدانِ ولَم يوجَد بينهما وإنْ وُجِدَ تفرُّقُ المكانِ .

أحدُهما مَكانه) فإنْ فارَقَه ووصَلَ إلى مَوْضِعٍ لو كان الآخَرُ معه بمَجْلِسِ العقْدِ عُدَّ تفرُّقًا بَطَلَ خيارُهما ، قال ابنُ الرِّفْعَةِ : هذا إذا لم يقصِدْ جِهَةَ الآخَرِ وإلا فالـذي يظْهَرُ القَطعُ بدَوامِ الخيارِ (١) ، وحُكْمُ ما تبايعا بالمكاتبَةِ تقَدَّمَ في أوائِلِ البيعِ .

(فرعٌ : وإنْ مات) العاقِدانِ أو **(أحدُهما في المجلسِ قامَ الوارِثُ)** ولو عامًّا **(أو الموكِّلُ أو السَّيِّدُ)** أيْ سيِّدُ المكاتب (٢) أو المأذونِ له **(مَقامَه)** في ثُبوتِ الخيارِ له كخيارِ الشرطِ والعيْب (٣) ، سواءٌ فيه عَقْدُ الرِّبا وغيرُه ، فإنْ كان الوارِثُ طِفلا أو مَجْنونًا أو محجورًا عليه بسَفهٍ نَصَبَ الحاكِمُ مَنْ يفعَلُ له ما فيه مَصْلحَتُه من فسخٍ وإجازَةٍ ، وعَجْزُ المكاتب كمَوْتِه قاله في المجمُوعِ ، **(فإنْ كان الوارِثُ)** مَثَلا أيْ وارِثُ أحدِ العاقِدَيْنِ حاضِرًا **(في المجلسِ ثَبَتَ له مع العاقِدِ الآخَرِ الخيارُ)** وامتدًّا إلى أنْ يتفرَّقا أو يتخايرا **(وإنْ كان غائبًا)** ووصَله الخبَرُ **(فإلى)** أيْ فيثبُتُ له الخيارُ ويمتدُّ إلى **(أنْ يُفارِقَ مَجْلِسَ الخبَرِ)** لأنَّه خَليفةُ مُورِّثِه فليَثبت له مِثلَ ما يثبُتُ له ، هذا ما قاله الأكثَرونَ كما قاله الرَّافعيُّ ، وصحَّحه النَّوويُّ وبَنَى طائِفةٌ منهم المتولِّي كيفيَّةَ ثُبوتِ الخيارِ له على وجهَيْنِ في كيفيَّةِ ثُبوتِه للمعنى : أحدِهما : أنَّ له الخيارَ ما دامَ في مَجْلِسِ العقْدِ فعليه يكونُ خيارُ الوارِثِ في المجلِسِ الذي يُشاهدُ فيه المبيعَ ليتأمَّله . والثَّاني : يتأخَّرُ خيارُه إلى أنْ يجْتمِعَ مع الوارِثِ في مَجْلِسٍ فحينَئذٍ يثبُتُ الخيارُ للوارِثِ .

(فرعٌ : لو ورِثَه جَماعَةٌ حُضورٌ) في مَجْلِسِ العقْدِ **(لم ينقَطِع)** خيارُهم **(بفِراقِ بعضِهم)** له بل يمتدُّ حتَّى يُفارِقوه كُلُّهم ، لأنَّهم كُلَّهم كالمورِّثِ وهو لا ينقَطِعُ خيارُه إلا بمُفارَقَةِ جَميعِ بَدَنِه **(أو غائبونَ)** عن المجلِسِ **(ثَبَتَ لهم الخيارُ إذا اجتمَعوا في مَجْلِسٍ واحِدٍ)** كذا نَقَله الأصلُ عن المتولِّي حَيثُ قال وإنْ كانُوا غائبين قال في التتِمَّةِ : إنْ قُلْنا في الوارِثِ الواحِدِ يثبُتُ الخيارُ في مَجْلِسِ مُشاهَدَةِ المبيعِ فلهم الخيارُ إذا اجتمَعوا في مَجْلِسٍ واحِدٍ (٤) ، لأنَّ النِّيابَةَ لهم كُلُّهم ،

---

(١) (قوله : فالذي يظْهَرُ القطعُ بدَوامِ الخيارِ) الذي يظْهَرُ القطعُ بانقِطاعِه .

(٢) (قوله : أي سَيِّدُ المكاتب) عَجْزُ المكاتب كموته .

(٣) (قوله : كخيارِ الشرطِ والعيب) أي بل أولى لِثُبوته بالعقدِ وإنَّما قَطَعوا في خيارِ الشرطِ بالانتقالِ لِثُبوته لِغيرِ المتعاقِدَيْنِ بالشرطِ بخلافِ خيارِ المجْلِس .

(٤) (قوله : إذا اجتمَعوا في مَجْلِسٍ واحدٍ) في بعضِ النُّسَخ «وإن لَم يجتمِعوا في مَجْلِسٍ» .

ولا حاجَةَ إلى تبعيضِ الخيارِ فجَعَلْنا الأمرَ مَوْقوفًا على اجتماعِهم ، وإنْ قُلْنا : له الخيارُ اجْتمع هو والعاقِدُ فكذا لهم الخيارُ إذا اجْتمَعوا به انتهى . بزيادَتي لِلتَّعليلِ من كلامِ المتولِّي وهو إنَّما قال ذلك بناءً على ما قَدَّمَه في كيفيَّةِ ثُبوتِ الخيارِ للغائِبِ الواحِدِ ، وقد عَرَفْت أنَّه ضَعيفٌ ، والموافِقُ لِلصَّحيحِ الذي عليه الأكثَرون ثُم أن يثبُت لهم الخيارُ بوُصولِ الخبَرِ إليهم وأنَّه ينقَطِعُ بمُفارَقَةِ المتأخِّرِ فِراقُه منهم مجْلِسُه .

(ويثبُتُ) الخيارُ (للعاقِدِ الباقي ما دامَ في مَجْلِسِ العقْدِ) سواءٌ أكان لِوارِثِ الغائِبِ واحِدٌ أم مُتعَدِّدٌ ، نَعَم إنْ فارَقَ أحدُهما مجْلِسَه [1] دون الآخَرِ انقطَعَ خيارُ الآخَرِ أخذًا مِمَّا لو كانا في مَجْلِسٍ واحِدٍ .

(وينفسِخُ) العقْدُ (بفسخِ بعضِهم) في نَصيبه أو في الجميعِ (ولو أجازَ الباقونَ) كما لو فسَخَ المورِّثُ في البعضِ ، وأجازَ في البعضِ ولا يُبعَّضُ الفسخُ للإضرارِ بالحيِّ ، ولا يَرِدُ عليه ما لو مات مُورِّثُهم واطَّلَعوا على عَيْبٍ بالمبيعِ ففسَخَ بعضُهم لا ينفسِخُ في الباقي لأنَّ لِلضَّرَرِ ثَمَّ جابرًا وهو الأرْشُ ولا جابرَ له هنا [2] ، ولو أجازَ الوارِثُ أو فسَخَ قبلَ عِلْمِه بمَوْتِ مُورِّثِه ، وقُلْنا مَنْ باعَ مالَ من مُورِّثِه ظانًّا حَياته يصِحُّ ، قال الإمامُ : فالوجه نُفوذُ فسخِه دون إجازَتِه لأنَّها رِضًا ، وإنَّما يتحَقَّقُ الرِّضا مع العِلْمِ ، وفيه احتِمالٌ [3] ، وبه أجابَ في البَسيطِ ولو اشترَى الوليُّ لِطِفْلِه شَيْئًا فبَلَغَ رَشيدًا قبلَ التفرُّقِ لم ينتَقِلْ إليه الخيارُ ، وهلْ يبقَى للوليِّ ؟ وجهانِ حَكاهما في البَحرِ عن والِدِه ، وأجْراهما في خيارِ الشرطِ ، والأوجَه بَقاؤُه له مع
٢/٥٠ أنَّ / في جَزْمِه بعَدَمِ انتِقالِه لِلرَّشيدِ نَظَرًا .

(فرعٌ : مَتى حُمِلَ) العاقِدُ فأُخرِجَ من المجلِسِ (مُكْرَهًا) بغيرِ حَقٍّ لم ينقَطِع خيارُه لأنَّه لم يفعَلْ شَيْئًا (وكذا إذا أُكرِهَ) على الخُروجِ منه [4] (فخرج لم ينقَطِع

---

(١) (قوله : نَعَم إنْ فارَقَ أحدُهما مجْلِسَه إلخ) هذا الاستدراكُ مَمنوعٌ والفرقُ بين المسألَتيْنِ واضِحٌ قال شيخُنا بدَليلِ ما لو كَتبَ إلى غائِبٍ حيثُ يمتدُّ خيارُ الكاتب إلى انقِطاعِ خيارِ المكتوب له .

(٢) (قوله : ولا جابرَ له هنا) حاصِلُه أنَّ فسخ بعضِهم ينفسِخُ به العقدُ هنا وهناكَ لا ينفسِخُ به شيءٌ وقال شيخُنا عُلِمَ مِمَّا كَتبَه الوالِدُ أنَّ قولَ الشارحِ لا ينفسِخُ في الباقِي ليس على بابه إلا أنْ يُقال أي كما لا ينفسِخُ فيما فسَخَ فيه ز .

(٣) (قوله : وفيه احتمالٌ) وبه أجابَ في البسيطِ وهو المُعتمَدُ .

(٤) (قوله: وكذا اذا أُكرِهَ على الخُروج منه الخ) قال الناشِريُّ وغيرُه: يُستثنَى من التفرُّق كرهاً ما اذا كان أحد العاقدين غاصباً من الآخر المكان الذي وقع فيه العقد فاكرهه على الخروج منه فانه تفريق معتبر.

خيارُه ، **ولو لم يُسَدَّ فمُه)** لأنَّ فعلَ المكْرَه كلا فعلٍ ، والسُّكوتُ عن الفسخِ لا يقطعُ الخيارَ كما في المجلِسِ ، وهذا بخِلافِ النَّاسي والجاهلِ كما مَرَّ لِتقصيرِهما ، وكلامُه شامِلٌ لِلرِّبَوِيِّ وهو مُوافِقٌ لِما قَدَّمَه [1] في بابه لكنَّ المنقولَ خِلافُه كما مَرَّ بَيانُه ثَمَّ ، **(فإنْ زايله)** أيْ فارَقَه **(الإكْراه في مَجْلِسٍ فله الخيارُ)** فيه **(حتّى يُفارِقَه أو مارًّا فحتّى يُفارِقَ مَكانه)** الذي زايله في الإكْراه ، وليس عليه أنْ يرجِعَ إلى مَجلِسِ العقدِ ليجتمِعَ مع صاحِبه وإنْ قَصُرَ الزَّمَنُ **(ولو لم يخرُجْ معه صاحِبُه بَطَلَ خيارُه لا إنْ مُنِعَ)** من الخُروجِ معه فلا يبطُلُ **(ولو هَرَبَ أحدُهما ولم يتْبعه الآخَرُ بَطَلَ خيارُه)** كخيارِ الهارِب **(ولو لم يتمَكَّنْ منه)** أيْ من أنْ يتْبعَه لِتمَكُّنِه من الفسخِ بالقولِ ولأنَّ الهارِبَ فارَقَ مُختارًا بخِلافِ المكْروه فإنَّه **(ولو لم يتمَكَّنْ منه)** أيْ مِن أنْ يتْبعَه لِتمَكُّنِه من الفسخِ بالقولِ ، ولأنَّ الهارِبَ فارَقَ مُختارًا بخِلافِ المكْرَه فإنَّه لا فعلَ له ، ولا يشكُلُ ذلك بعَدَمِ حِنثِه فيما لو حَلَفَ لا يُفارِقُ غَريمَه ففارَقَه غَريمُه وأمكنَه مُتابعَتُه فلم يتْبعه ، لأنَّ الحُكْمَ هنا مَنُوطٌ بالتفرُّقِ ، وهو يحصُلُ بوُجودِ الفُرقَةِ من كُلٍّ منهما وهناك مَنُوطٌ بالمفارَقَةِ من الحالِفِ ، نَعَم لو قال والله لا نفترِقُ كان حُكْمُه كما هنا ، أمَّا إذا تبعَه فالخيارُ باقٍ ما لم يتباعَدا كما حَكاه في المجمُوعِ عن المتولِّي وأقَرَّه وفي الكِفايةِ عن القاضي ضَبَطَه بفوْقِ ما بين الصَّفَّيْنِ ، وفي البَسيطِ إنْ لحِقَه قبلَ انتهائِه إلى مَسافةٍ يحصُلُ بمِثلِها المفارَقَةُ عادةً فالخيارُ باقٍ وإلا فلا أثَرَ لِلُحوقِه .

(فرعٌ : فإنْ جُنَّ) العاقِدُ **(أو أُغْمِيَ عليه قامَ الوليُّ)** ولو عامًّا[2] **(مَقامَه)** في الخيارِ كخيارِ الشرطِ [3] والعيبِ ، ويفعَلُ الوليُّ ما فيه الحظُّ من فسخٍ وإجازةٍ فلو فارَقَ المجنونُ أو المغمَى عليه المجلِسَ لم يُؤثِّرْ كما صحّحه الماورديُّ وجَزَمَ به الغزاليُّ وغيرُه **(وإنْ خرِسَ)** بكسرِ الرَّاءِ **(ولم تُفهَم إشارَتُه)** ولا كِتابَةَ له **(نَصَبَ الحاكِمُ نائِبًا عنه)** كما لو جُنَّ وإنْ تأتَّتِ الإجازَةُ منه بالتفرُّقِ وليس هو محجورًا عليه

---

(١) (قوله : وهو موافِقٌ لِما قَدَّمَه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : قامَ الوليُّ ولو عامًّا) أي أو الموكَّلُ ز .

(٣) (قوله : كخيارِ الشرطِ) أي بل أولى لِثُبوته بالعقدِ وإنَّما قطَعوا في خيارِ الشرطِ بالانتقالِ لِثُبوته لِغيرِ المُتعاقِدَيْنِ بالشرطِ وخيارُ المجلِسِ لا يثْبُتُ لِغيرِهما وينبَغي أن يلحَقَ بالجُنونِ والإغماءِ الحجرُ بسَفهٍ أو فلَسٍ ر .

وإنَّما الحاكِمُ نابَ عنه فيما تعذَّرَ منه بالقولِ كما ينُوبُ في البيعِ لِوفاءِ الدَّيْنِ عن الممتنِعِ منه أمَّا إذا أفْهَمَتْ إشارَتُه ، أو كان له كِتابَةٌ فهو على خيارِه (وإن اختلَفا في التفرُّقِ فالقولُ قولُ مُنكِرِه) بيمينِه ، وإنْ طالَ الزَّمَنُ لِموافقَتِه الأصلَ (وكذا لو ادَّعى أحدُهما الفسخَ قبلَ التفرُّقِ) وأنكرَ الآخرُ فالقولُ قولُ المنكِرِ بيمينِه لِذلك[1] (وإن اتَّفقا على عَدَمِ التفرُّقِ) وادَّعَى أحدُهما الفسخَ وأنكرَ الآخَرُ (فدَعوى الفسخِ فسخٌ) كما لو اتَّفقَ الزَّوْجانِ على بَقاءِ العِدَّةِ واختلَفا في الرَّجْعَةِ فإنَّ دَعوى الزَّوْجِ لها رَجعَةٌ كما سيأتي في بابها :

(السَّبَبُ الثاني : خيارُ الشرطِ ويجوزُ شرطُ الخيارِ ثلاثةَ [2] أيَّامٍ فما دونها) لِخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ عن ابنِ عُمَرَ قال «ذَكَرَ رَجُلٌ لِرَسولِ الله ﷺ أنَّه يُخدَعُ في البُيُوعِ فقال له : «مَنْ بايعت فقُلْ له لا خِلابَةَ [3]» ورواه البيهقيُّ بإسنادٍ حَسَنٍ بلفظِ « إذا بايعت فقُلْ لا خِلابَةَ ثُم أنت بالخيارِ في كُلِّ سِلعَةٍ ابتعتها ثَلاثَ لَيالٍ [4]» وفي روايةٍ لِلدَّارَقُطنيِّ عن عُمَرَ «فجَعَل له رَسولُ الله ﷺ عُهدَةَ ثَلاثةِ أيَّامٍ [5]» وسَمَّى الرَّجُلَ في هذه الرِّوايةِ حَبَّانَ بنَ مُنقِذٍ بفتحِ المهْمَلَةِ وبالموحَّدَةِ وفي التي قبلها مُنقِذًا والِدُه بالمعجَمَةِ ، وبه جَزَمَ البُخاريُّ في تاريخِه وصحَّحه النَّوويُّ في مُهمَّاتِه ، وبالأولِ جَزَمَ البيهقيُّ والنَّوويُّ في شرحِ مُسلِمٍ وهما صَحابيَّانِ أنصاريَّانِ وسيأتي الكلامُ على قوله «لا خِلابَةَ» والذي في الخبَرِ : اشتِراطُ الخيارِ من المشتري ، وقيسَ به البائعُ

---

(١) (قوله : قولُ المُنكِرِ بيمينِه لِذلك) لو افترَقا في عَقدِ الرِّبَوِيِّ ثم قال أحدُهما افترَقنا قبلَ التقابُضِ وأنكرَ الآخَرُ صُدِّقَ بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ القبضِ والأصلُ في البيعِ اللُّزومُ .

(٢) (قوله : ويجوزُ شرطُ الخيارِ إلخ) أي في أنواعِ البُيوعِ وإن باعَ وشَرَطَ أن يقبضَ الثمنَ في المجْلِسِ ، وقولُهم أنواعُ البُيوعِ مُخرِجٌ لِما تقدَّمَ ففي خيارِ المجْلِسِ فيه جَزمًا أو على الأصحِّ ، وشَمِلَ كلامُه ما لو باعَ عَيْنًا بثَمَنِ الذِّمَّةِ وشَرَطَ الخيارَ في الثمنِ .

(٣) البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع ، حديث (٢١١٧) . ورواه مسلم ، في كتاب البيوع ، باب مَن يُخدع في البيع ، حديث (١٥٣٣) .

(٤) رواه البيهقي في الكبرى (٥/٢٧٣) حديث (١٠٢٣٩) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٣/٥٤) .

ويصْدُقُ ذلك باشتِراطِهما مَعًا ، وخرج بالثلاثةِ ما فوقَها (١) ، وشرطُ الخيارِ مُطلقًا كما سيأتي لأنَّ ثُبوت الخيارِ على خِلافِ القياسِ لأنَّه غَرَرٌ فيقتصِرُ على مَوْرِدِ النَّصِّ وجازَ أقَلُّ منها بالأولى (مُعَيَّنًا) زَمَنَه فلا يصِحُّ مُطلقًا ولا مجهولا وسيأتي (إنْ لم يفصِلْه عن العقْدِ) فإنْ فصَله عنه لم يصِحَّ لأنَّ ثُبوته بالشرطِ وقد وُجِدَ في العقْدِ ، ولأنَّ فصْله يُؤَدِّي إلى جوازِ العقْدِ بعدَ لُزومِه وهو ممنُوعٌ ولهذا لو أسقَطا أولَ المدَّةِ المشروطَةِ سَقطَتْ كُلُّها كما سيأتي ، ولو شرَطاه في اليومِ الأولِ والثالِثِ دون الثاني بَطَلَ العقْدُ (لا فيما يتلَفُ في المدَّةِ) كبَقْلٍ شرَطَ في بيعِه الخيارَ ثلاثةَ أيَّامٍ فلا يصِحُّ ، (ولا) في (الرِّبَوِيِّ (٢) والسَّلمِ) فلا يصِحُّ شرطُ الخيارِ فيهما لأنَّ ما شُرِطَ فيه القبضُ في المجلِسِ لا يحتمِلُ الأجَلَ ، فأولى أن لا يحتمِلَ الخيارَ لأنَّه أعظَمُ غرَرًا منه لِمَنعِه المِلْكَ أو لُزومِه ، ولِما في السَّلمِ من غَرَرِ إيرادِ عَقْدِه على مَعدومٍ فلا يضُمُّ إليه غَرَرَ الخيارِ وذكرَ حُكْمَ الرِّبَوِيِّ والسَّلمِ من زيادَتِه هنا ، وقد ذَكرَه كأصْلِه بعدُ أيضًا ، والاقتِصارُ عليه ثَمَّ أولى .

(فإنْ أطلَقَ) شرطَ الخيارِ (أو ذَكرَ) له (مُدَّةً مجهولَةً) كبعضِ يومٍ أو إلى أنْ يجيءَ زَيْدٌ / (بَطَلَ) العقْدُ للغرَرِ ولو قالا إلى يومٍ أو ساعةٍ صَحَّ ، ويُحمَلُ على ٢/٥١
يومِ العقْدِ، فإنْ كان عَقَدَ في نِصفِ النَّهارِ (٣) فإلى مِثلِه، وتدْخُلُ الليلةُ لِلضَّرورَةِ كذا في

(١) (قوله : وخَرَجَ بالثلاثةِ ما فوقَها إلخ) أي فإنَّ اشتراطَه يُبطِلُ العقدَ ولا يخرُجُ على تفريقِ الصَّفقَةِ لِوُجودِ الشرطِ الفاسِدِ وهو مُبطِلٌ لِلعَقدِ لأنَّه يتضَمَّنُ غالِبًا زيادةً في الثمَنِ أو مُحاباةً فإذا سَقَطَت انجَرَّت الجهالَةُ إلى الثمَنِ بسَبَبِ ما يُقابِلُ الشرطَ الفاسِدَ .

(٢) (قوله : ولا في الرِّبَوِيِّ) شَمِلَ ما لو جَرَى بلَفْظِ الصُّلحِ .

(٣) (قوله : فإنْ كان عَقَدَ في نِصفِ النهارِ إلخ) وإنْ كان عَقَدَ في اللَّيلِ ثَبَت الخيارُ إلى غُروبِ الشمسِ من اليومِ المتَّصِلِ بذلك اللَّيلِ ، قال في الأنوارِ : وإنْ كان باللَّيلِ وجَبَ أنْ يشرِطَ الخيارَ بَقِيَّةَ اللَّيلِ حتى لو شَرَطَ من الطُّلوعِ فسَدَ العقدُ وإذا شَرَطَ البقِيَّةَ يومًا فالابتداءُ من الفجرِ والانتهاءُ بالغُروبِ ، وقولُه ثَبَت الخيارُ إلى غُروبِ الشمسِ إلخ قال في التوسُّطِ فيه خَلَلٌ ، وصَوابُه وإنْ كان العقدُ في اللَّيلِ فلا بُدَّ أنْ يشترِطَ الخيارَ في بَقِيَّةِ اللَّيلِ حتى إذا لَم يشترِطْه بَقِيَّةَ اللَّيلِ فسَدَ لكونِه خيارًا مُتراخيًا عن العقدِ وإذا شَرَطَ بَقِيَّةَ اللَّيلِ واليومِ ثَبَت الخيارُ من وقتِ العقدِ إلى غُروبِ الشمسِ هذا لَفظُ التتمَّةِ وغيرِها وهو الصَّوابُ ، وكَتَبَ شيخُنا : والحاصِلُ أنَّه إذا وقَعَ العقدُ في أثْناءِ لَيلَةٍ وقد شَرَطَ الخيارَ يومًا صَحَّ وإنْ لَم يشرِطْ دُخولَ بَقِيَّةِ اللَّيلِ حيثُ لَم يَنُصَّ عليها بنفيٍ ولا إثباتٍ فإنْ أدخَلَها صَحَّ جَزمًا أو أخرَجَها بَطَلَ جَزمًا وحيثُ صَحَّ حُسِبَت المُدَّةُ من العقدِ واستمَرَّت إلى غُروبِ شَمسِ غَدِه .

التتِمَّةِ [١] ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : وفيه نَظَرٌ لأنَّ في نَظيرِه من الإجارَةِ لم يُجْعَلْ اليوْمُ محمُولا على يوْمِ العقْدِ ولم يظْهَر فيه فرقٌ بينهما انتهى . وليس كما قال بل ما في الإجارَةِ نَظيرُ ما هنا وبتقديرِ صِحَّةِ ما قاله يظْهَرُ الفرقُ بأنَّ الإجارَةَ أصلٌ والخيارَ تبعٌ فاغْتُفِرَ في مُدَّتِه ما لم يُغْتفر في مُدَّتِها .

(ووقتُ طُلُوعِ الشمسِ معلُومٌ) فيصِحُّ تعيِينُ المدَّةِ به (وكذا طُلُوعُها) وقولُ الزُّبيريِّ : إنَّه لا يصِحُّ لأنَّه مجْهولٌ لاحتِمالِ الغيْمِ فلا تطلُعُ بعيدٌ إذ الغيْمُ إنَّما يمنَعُ الإشراقَ لا الطُّلُوعَ (ويجْتهِدُ في الغيْمِ) ويعمَلُ بما غَلَبَ على الظَّنِّ ، قال في الأصلِ : واتَّفقوا على أنَّه يجوزُ أنْ يقولَ إلى الغُروب وإلى وقْتِ الغُروب قال في المجمُوعِ نَقْلا عن الزُّبيريِّ : لأنَّ الغُروبَ لا يُستعمَلُ إلا في وقْتِ سُقوطِ قُرصِ الشمسِ أيْ فلا فرقَ بين الغُروب ووقْتِه ، ويُؤْخَذُ منه الفرقُ على المرجوحِ بين الغُروب والطُّلُوعِ بأنَّ الطُّلُوعَ قد يُستعمَلُ في الإشراقِ بخِلافِ الغُروب لا يُستعمَلُ إلا فيما مَرَّ ، والقائِلُ بالصِّحَّةِ في الطُّلُوعِ كالغُروب يقولُ استِعمالُه في وقْتِ الطُّلُوعِ أكثَرُ فكان هو الأصَحَّ ولو تبايعا نَهارًا بشرطِ الخيارِ إلى الليلِ أو عَكْسِه لم يدْخُلْ فيه الليلُ والنَّهارُ ، كما لو باعَ بألفٍ إلى رَمَضانَ لا يدْخُلُ رَمَضانُ في الأجَلِ .

(فرعٌ : وإنْ خَصَّصَ) العاقِدُ (أحدَ العبدَيْنِ) مَثَلا (لا بعَيْنِه بالخيارِ أو بزيادَةٍ فيه) على الخيارِ في الآخَرِ كأنْ شرَطَ فيه خيارَ يوْمٍ وفي الآخَرِ يوْمَيْنِ (لم يصِحَّ) العقْدُ (فإذا عَيَّنَه صَحَّ) كبيعِه فيهما (وإذا شرَطَه) أيْ الخيارَ (فيهما لم يكنْ له رَدُّ أحدِهما ولو تلِفَ الآخَرُ) كما في رَدِّه بالعيْب (وإن اشترَيا عبدًا في صَفقَةٍ بشرطِ الخيارِ فلأحدِهما الفسخُ) في نَصيبه (كالرَّدِّ بالعيْب ، ولو باعَ) شَيْئًا (على أنَّه إنْ لم ينقُدْه) أيْ يُعطِه (الثَّمَنَ لِثَلاثٍ) من الأيَّامِ (فلا بيعَ) بينهما أو إنَّه إنْ رَدَّ الثَّمَنَ في الثَّلاثةِ فلا بيعَ بينهما (لم يصِحَّ) كما لو تبايعا بشرطِ أنَّه إنْ قَدِمَ زَيْدٌ اليوْمَ فلا بيعَ بينهما .

(فرعٌ : قولُه) أيِ العاقِدِ (لا خِلابَةَ) بكسرِ الخاءِ المعجَمَةِ (عِبارَةٌ في الشرعِ عن) اشتِراطِ (خيارِ الثَّلاثِ) ومَعناها لُغَةً لا غَبْنَ ولا خَديعَةَ (فإنْ أطلَقاها

---

(١) (قوله : كذا في التتمّة) أي وغيرها .

عالِمَيْنِ (١) **لا جاهلَيْنِ**) ولا جاهلا أحدَهما (**بمَعناها صَحَّ**) أيْ ثَبَت الخيارُ (**وإنْ أسقَطَ**) مَنْ شرَطَ له الخيارَ ثَلاثةَ أيّامٍ (**خيارَ اليومِ الأولِ بَطَلَ الكُلُّ**) (٢) قال في المجمُوعِ : وإنْ أسقَطَ خيارَ الثّالِثِ لـم يسقُط ما قبله أو خيارُ الثّاني بشرطِ أن ينبَقى الثّالِثُ سَقَطَ خيارُ اليوْمَيْنِ جَميعًا ، لأنّه كما لا يجوزُ أنْ يشرِطَ خيارًا مُتراخيًا ، عن العقْدِ لا يجوزُ أنْ يستبْقِي خيارًا مُتراخيًا وإنَّما أسقَطنا اليوْمَيْنِ تغليبًا للإسقاطِ لأنَّ الأصلَ لُزومُ العقْدِ ، وإنَّما جوَّزنا خيارَ الشرطِ رُخصَةً فإذا عَرَضَ له خَلَلٌ حُكِمَ بلُزومِ العقْدِ .

(**فـرعٌ : ابتِـداءُ**) مُـدَّةِ (**الخيـارِ**) الثّابتِ بـالشرطِ (**مـن العقْـدِ**) لا من التفرُّقِ ، لأنَّ ثُبوته بالشرطِ وقد وُجِدَ في العقْدِ ، ولا بُعدَ في ثُبوته إلى التفرُّقِ بجِهَتَيِ المجلِسِ والشرطِ كما يثبُتُ بجِهَتَيِ الخلْفِ والعيْب ، ولأنَّ التفـرُّقَ مَجهولٌ فاعتِبارُه يُؤَدّي إلى جَهالَةِ ابتِداءِ المـدَّةِ (**كالأجَـلِ**) فإنَّ ابتِداءَه من العقْدِ لا من التفرُّقِ (**وإنْ شرَطَ**) الخيارَ (**في المجلِسِ فمن**) أيْ فابتِداؤُه من (**حينِ شرَطَ فإنْ شرَطَ**) في العقْدِ أو بعدَه في المجلِسِ (**ابتِداءَه من التفرُّقِ بَطَلَ**) العقْدُ للجَهالَةِ (**وإن انقضَتِ المدَّةُ**) المشروطَةُ (**وهما في المجلِسِ بَقِي خيارُه**) أيِ المجلِسِ (**فقط ، وإنْ تفرَّقا والمـدَّةُ باقيـةٌ فبـالعكْسِ**) أيْ فيبقَى خيـارُ الشرطِ فقط (**ويجـوزُ إسقـاطُ الخيارينِ أو أحدِهما**) فيسقُطُ ما أسقَطَه فيهما ويبقَى الآخَرُ في الثّانيةِ .

(**فإنْ أطلَقا**) الإسقاطَ كأنْ قالا ألزَمنا العقْدَ أو أسقَطنـا الخيارَ (**سَقَطَ وله**) أيْ لأحدِ العاقِدَيْنِ (**الفسخُ في غيبَةِ صاحِبـه**) كالإجارَةِ والطَّلاقِ ، (**وبلا**) إذْنِ (**حـاكِمٍ**) لأنّـه فسخٌ مُتَّفقٌ عـلى ثُبوتِـه بخِلافِ الفسخِ بالعُنَّـةِ ، قال الخـوارزميُّ : ويُستحَبُّ أنْ يُشهدَ حتّى لا يُؤَدّي إلى النِّزاعِ .

---

(١) (قولُه فإنْ أطلَقاها عالِمَيْنِ إلخ) قال في العُباب : فإنْ أطْلَقَها المُتبايِعانِ صحَّ البيعُ وخُيِّرا ثلاثًا عَلِما مَعناها وإلا بَطَلَ قال شيخُنا : وظاهرُ هذه العِبارَةِ يقتضي أنَّ العقدَ باطِلٌ وهو الأوجَه ويوجَّه بأنَّه بمَنْزِلَةِ شرطِ خيارِ مُدَّةٍ مَجهولَةٍ .

(٢) (قولُه : بَطَلَ الكُلُّ) أي ولا يبطُلُ البيعُ بذلك بخلافِ ما لو شَرَطا خيارَ يومَيْنِ ابتداؤُهما من الغـدِ حيثُ فسَدَ البيعُ ، والفرقُ بينهما أنَّ الشرطَ في تلك وقَعَ في صُلـب البيعِ فاسِدًا فأبطِلَ بخلافِ مَسألَتنا فليس فيها الإلزامُ البيعُ في اليومِ الأوَّلِ فلَزِمَ منه إسقاطُ بَقِيَّةِ الخياراتِ إذْ يُغتفرُ في الدَّوامِ ما لا يُغتفرُ في الابتداءِ .

(فصلٌ : يثبُتُ خيارُ الشرطِ حَيثُ يثبُتُ خيارُ المجلِسِ) فهما مُتلازِمانِ (لا في الرِّبَوِيِّ والسَّلمِ) (١) فلا يثبُتُ / فيهما خيارُ الشرطِ وإنْ ثَبَت فيهما خيارُ المجلِسِ (٢) كما مَرَّ بَيانُه . ٥٢/٢

(فصلٌ : ويجوزُ) للعاقِدَينِ (شرطُه) أي الخيارِ (لهما ولأحدِهما) بالإجماعِ ، نَعَم إن استعقَبَ المِلْكُ العِتْقَ كأَنْ اشترَى مَن يُعتقُ عليه ، وشرَطَ الخيارَ له وحدَه ، لم يجُز لِعِتقِه عليه (٣) فيلزَمُ من ثُبوتِ الخيارِ عَدَمُ ثُبوتِه . (و) يجوزُ (التفاضُلُ فيه) كأن يشرِطا لأحدِهما خيارَ يومٍ وللآخَرِ خيارَ يوْمَيْنِ أو ثلاثةٍ ، قال الرُّويانيُّ : ولو شرَطا خيارَ يومٍ فمات أحدُهما في أثنائِه فزادَ وارِثُه مع الآخَرِ خيارَ يوْمٍ آخَرَ احتمَلَ وجهَيْنِ أشبَهُهما الجوازُ (٤) . (وكذا) يجوزُ للعاقِدِ لِنفسِه شرطُه (للأجنَبِيِّ (٥) أو العبدِ المبيعِ) لأنَّ الحاجَةَ قد تدعو إلى ذلك لكونِه أعرَف بالمبيعِ سواءٌ شرَطاه لِواحِدٍ أم أحدَهما لِواحِدٍ والآخَرَ لِآخَرَ ، قال الزَّركشيُّ : والأقرَبُ اشتِراطُ بُلُوغِه (٦) لا رُشده ، وشَمِلَ كلامُهم ما لو شرَطاه لكافِرٍ والمبيعُ عبدٌ مُسلِمٌ أو لِمُحرِمٍ والمبيعُ صَيْدٌ وبه صرَحَ الرُّويانيُّ فقال - بعدَ نَقلِه عن والِدِه عَدَمَ

---

(١) (قوله : لا في الرِّبَوِيِّ والسَّلَمِ) أو رَدَّ على الحصرِ فيهما البيعُ الضِّمنيُّ وما إذا باعَ الكافِرُ عبدَه المُسلِمَ بشرطِ الخيارِ ثم فسَخَ ثم باعَه وشرَطَ الخيارَ وفسَخَ وهَكذا فإنَّ الحاكِمَ يُلزِمُه بأن يبيعَه بَيْعًا باتًّا كذا قاله المُتولِّي ، وقَضيَّةُ شرطِ الخيارِ لِلكافِرِ في العبدِ المُسلِمِ ابتداءً وهو ما نَقَله في شرحِ المُهذَّب عن القاضي حُسَيْنٍ وأقرَّه وفي مَعنَى السَّلَمِ بَيْعُ موصوفٍ في الذِّمَّةِ بموصوفٍ في الذِّمَّـةِ بغيرِ لَفظِ السَّلَمِ فإنَّه يُشترَطُ فيه قبضُ أحدِ العِوضَيْنِ في المجلِسِ فامتنَعَ اشتراطُ الخيارِ فيه كالسَّلَمِ ويمتنِعُ شرطُ الخيارِ لِلمُشتري وحدَه في مَبيعٍ يُعتقُ عليه كما سَيأتي قال الأذرَعِيُّ : ولينظُر فيما لو اشترَى من نفسِه لِولَدِه أو بالعكسِ هل له شرطُ الخيارِ لِنفسِه دونَ ولَدِه ، وقولُه هل له إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وإنْ ثَبَت فيهما خيارُ المجلِسِ) كما مَرَّ بَيانُه لأنَّه لا يحتمِلُ التأجيلَ والخيارُ أعظَمُ غَرَرًا من الأجَلِ لِمَنعِه المِلكَ أو لُزومِه ولأنَّ المقصودَ أن يتفرَّقا ولا عَلاقَةَ بينهما والخيارُ يقتضي بَقاءَها بعدَ التفرُّقِ .

(٣) (قوله : لَم يجُز لِعِتقِه عليه إلخ) ولا يجوزُ شرطُ الثلاثِ في مُصَرَّاةٍ لِلبائعِ قال الأذرَعِيُّ : ويجِبُ ما رَدَّه في كُلِّ حَلوبٍ وإنْ لَم تكُن مُصَرَّاةً .

(٤) (قوله : أشبَهُهما الجوازُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وكذا لِلأجنَبِيِّ) أي وإنْ تعَدَّدَ شَمِلَ شرطَه لِعبدِ أجنَبِيٍّ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه .

(٦) (قوله : والأقرَبُ اشتراطُ بُلوغِه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

الجوازِ احتمالا في الأُولى وجَزمًا في الثانيةِ - الأصَحُ عندي الجوازُ فيهما (١) . (ولا يثبُتُ) الخيارُ (معه) أيْ مع شرطِه للأجنَبيِّ أو العبدِ المبيعِ (لِلشَّارِطِ) (٢) اقتِصارًا على الشرطِ (٣) وفي معنى العبدِ الأمَةُ (فلو مات الأجنَبيُّ ثَبَت) الخيارُ (له) (٤) أيْ لِلشَّارِطِ (٥) .

(ولو اشترَى) شَيْئًا (على أنْ يَأْمُرا فُلانًا فيأتي بما يأمُره به) من فسخٍ وإجازةٍ (ولم يُقَيِّدْ بالثَّلاثِ فما دونها لم يصِحَّ) كما لو باعَ بشرطِ الخيارِ مُطلَقًا (وإلا) أيْ وإنْ قَيَّدَ بذلك (صَحَّ) ويأتي بما يأمُره به فُلانٌ من (٦) فسخٍ وإجازةٍ (فإنْ فسَخَ ولم يُؤَامِره لم ينفسِخ) عَمَلا بالشرطِ وإذا مَضَتِ المدَّةُ ولم يُؤَامِره وآمَرَه ولم يُشِر عليه بشيءٍ لَزِمَ العقدُ قاله البَغَوِيّ . وغيرُه ، وقَضيَّةُ قولِهم فُلانًا أنَّه لو لم يُعَيِّنْ أحدًا بل قال على أنْ أُشاوِرَ كما يقَعُ كثيرًا لم يكْفِ . قال الأذرَعِيُّ : والظَّاهرُ أنَّه يكفي (٧) وهو شارِطٌ الخيارَ لِنفسِه (ولو شرَطَ الوكيلُ) (٨) في البيعِ أو الشِّراءِ (الخيارَ للمُوكِّلِ أو لِنفسِه) ولو (بلا إذنٍ صَحَّ) لأنَّه لا يضُرُّ مُوكِّله (وإن اشترَطَه لِمَن يُبايِعه) بأنْ

---

(١) (قوله : الأصحُ عندي الجوازُ فيهما) بل هو الوجه الأولى ، لأنَّه إذا صحَّ أنْ يكونَ وكيلا في العقدِ ففي إجازَته وفسخه أولى .

(٢) (قوله : ولا يثبُتُ معه خيارٌ لِلشَّارِطِ) عُلِمَ منه أنَّه لو باعَ المُلتقِطُ اللُّقَطَةَ ثم ظَهَرَ مالِكُها في زَمَنِ خيارِ المجلِسِ أو الشرطِ لَمْ يجُز له الفسخُ إنْ كان الخيارُ لِلمُشتري وحْدَه .

(٣) (قوله : اقتصارٌ على الشرطِ) ويُؤَيِّدُه ما سَيأتي أنَّ ذلك تمليكٌ لا وكالَةٌ (منه) .

(٤) (قوله : فلو مات الأجنَبيُّ يثبُتُ الخيارُ له) لو اشترَى الوليُّ شيئًا بشرطِ الخيارِ فبَلَغَ الصَّبيُّ رَشيدًا في المُدَّةِ لَم ينتقِل الخيارُ إليه قاله الرُّويانيُّ ، وروى عن أبيه وجهَيْنِ قال : ولو بَلَغَ قبلَ التفرُّقِ لَمَ ينتقِل إليه خيارُ المجلِسِ وفي بَقائِه لِلوليِّ وجهانِ . ا هـ . وأصحُّهما بقاؤُه .

(٥) (قوله : أي لِلشَّارِطِ) قال في الخادِمِ : مُرادُه بانتقالِه إليه فيما إذا كان عاقِدًا لِنفسِه بدَليلِ تعبيرِه أوَّلا بالعاقِدِ ، وفهِمَ البارِزِيُّ منه أنَّه ينتقِلُ في هذه الصُّورَةِ لِلوكيلِ فقال في شرحِ الوجيزِ : ينتقِلُ إلى العاقِدِ في الأصحِّ ، وهذا وهْمٌ منه فإنَّ الرَّافِعيَّ إنَّما أرادَ انتقالَه فيما إذا كان عاقِدًا لِنفسِه . ا هـ . الأصحُّ انتقالُه لِلوكيلِ فإنْ مات انتقَلَ لِموكِّلِه .

(٦) (قولُه ويأتي بما يأمُره به فُلانٌ إلخ) قال الأذرَعِيُّ وغيرُه : وظاهرُ إطلاقِهم أنَّه إذا قال وأمَرته فأمَرَني بكذا يصَدَّقُ بلا يمينٍ ولا بَيِّنَةٍ .

(٧) (قوله : والظَّاهرُ أنَّه يكفي) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : ولو شَرَطَ الوكيلُ) شَمِلَ وكيلَ الوكيلِ .

شرطَه وهو وكيلٌ في البيعِ للمُشتري أو وكيلٌ في الشّراءِ للبائِعِ (**بطَلَ العقدُ**) [١] ولا يتجاوزُ الخيارَ من شرطِه ، فلو شرَطَ للوكيلِ لم يثبُتْ للمُوكِّلِ وبالعكسِ (**ولو أذِنَ له فيه**) مُوكِّلُه وأطلَقَ فلم يقُلْ لي ولا لَك (**فاشترَطَه**) الوكيلُ (**وأطلَقَ ثبَت له دون الموكِّلِ**) لأنَّ مُعظَمَ أحكامِ العقدِ مُتعلِّقَةٌ به وحدَه .

(**ولا يلزَمُ**) العقدُ (**برِضا الموكِّلِ**) لأنَّ الخيارَ مَنُوطٌ برِضا وكيلِه ، وهذا من زِيادَتِه ، وفي الرَّوْضَةِ لو حضَرَ مجْلِسَ العقدِ ومَنَعَ وكيله من الفسخِ والإجازَةِ لم يُؤثِّر على الأرجَحِ لأنَّه من لَوازِمِ السَّبَبِ السَّابقِ وهو البيعُ وكخيارِ المجلِسِ فيما قاله خيارُ الشرطِ لِتلازُمِهما غالِبًا كما مَرَّ (**ولا يفعَلُ الوكيلُ**) حَيثُ ثَبَت له الخيارُ (**إلا ما فيه حَظُّ الموكِّلِ**) لأنَّه مُؤتَمَنٌ (**بخِلافِ الأجنَبيِّ**) المشروطِ له الخيارُ لا يلزَمُه رِعايةُ الحظِّ ، قال في الأصلِ : كذا ذكروه ، ولِقائِلٍ أن يجعل شرطَ الخيارِ له ائتِمانًا وهذا أظهَرُ إذا جعَلْنا نائِبًا عن العاقِدِ يعني بناءً على أنَّ شرطَ الخيارِ له توكيلٌ أيْ فإن جعَلْنا تمليكًا [٢] كما اقتضاه كلامُهم تخيَّرَ كالمالِكِ إذا شرَطَ له الخيارَ ، ومن ثَمَّ قال الغزاليُّ في فتاويه كما نَقَله عنه الزَّركشيُّ لو قال الأجنَبيُّ عزَلْت نفسي لم ينعزِلْ .

٥٣/٢ (**تنبيهٌ**) قال البُلْقينيُّ : لو عزَلَ الموكِّلُ / وكيله في زَمَنِ خيارِ المجلِسِ قبلَ التفرُّقِ ففي البَحرِ أنَّ البيعَ ينطُلُ ، وكذا لو مات الموكِّلُ في المجلِسِ ينطُلُ البيعُ لِبُطلانِ الوكالَةِ قبلَ تمامِ البيعِ ، واستشكله تِلْميذُه العِراقيُّ بمَوْتِ الوكيلِ فإنَّ الوكالَةَ تبطُلُ ومع ذلك فالبيعُ مُستمِرٌّ قَطعًا وينتقِلُ الخيارُ للمُوكِّلِ على الأصَحِّ ، ويُجابُ بأنَّه لا يلزَمُ من بُطلانِ البيعِ [٣] بمَوْتِ مَنْ يقَعُ له العقدُ ، وينتقِلُ إليه الخيارُ في الجُملَةِ بُطلانُه بمَوْتِ غيرِه ، هذا وفيما قاله في البَحرِ حُكْمًا وتعليلا نَظَرٌ .

(**فصلٌ : المِلْكُ**) في المبيعِ في زَمَنِ الخيارِ (**لِمَن انفرَدَ بالخيارِ**) من بائِعٍ ومُشترٍ لِنُفوذِ تصَرُّفِه فيه وانفِرادِه بخيارِ المجلِسِ بأنْ يختارَ الآخَرُ لُزومَ العقدِ (**ولا**)

---

(١) (قوله : وإنْ شرَطَ لِمَنْ يُبايِعُه بطَلَ العقدُ) مِثلُ الوكيلِ الوليُّ وكُلُّ مَنْ يتصَرَّفُ عن الغيرِ بالمصلَحةِ .

(٢) (قوله : فإنْ جعَلناه تمليكًا إلخ) فيُشترَطُ قبولُه على الفورِ ، والرَّاجِحُ أنَّه تمليكٌ كما في تفويضِ الطَّلاقِ لِلزَّوجةِ .

(٣) (قوله : ويُجابُ بأنَّه لا يلزَمُ من بُطلانِ البيعِ إلخ) هذا الجوابُ إنَّما يتأتَّى لو لَم يُسَوِّ الرُّويانيُّ في البُطْلانِ بين عَزْلِ الوكيلِ وموت موكِّلِه ، فالرَّاجِحُ استمرارُ البيعِ في صورَتَي العزلِ والانعِزالِ .

بأن كان الخيارُ لهما (**مَوْقوفٌ**) أيِ المِلْكُ ، فإنْ تمَّ البيعُ بانَ أنَّ المِلْك للمُشتري من حينِ العقْدِ وإلا فللبائِع لأنَّ البيعَ سَبَبُ زَوالِه إلا أنَّ شرطَ الخيـارِ يُشعِرُ بأنَّه لم يرضَ بعـدُ بالزَّوالِ جَزمًا فوجَـبَ انتِظارُ الآخَرِ ، قال الـزَّركشيُّ : وقَضيَّةُ التعليـلِ (١) تخصيصُ ذلك بخيارِ الشرطِ ، وليس كذلك بل خيارُ المجلِسِ كذلك أيْ كما صرَّحَ به الرَّافعيُّ نفسُه كغيرِه ، وظاهرٌ أنَّهما لـو شرَطاه لأجْنَبيٍّ مُطلَقًا أو عنهما كـان المِلْكُ مَوْقوفًا أو عن أحدِهما كان لِذلك الأحدِ ، ولا يخفى ما في قولِه المِلْكُ لِمَن انفـرَدَ بالخيـارِ من الإبهامِ ؛ لأنَّ مَنْ ينفرِدُ به قد يكونُ أحدَ العاقِدَيْنِ ، وقد يكونُ غيرَهما وإذا كان أحدَهما فقد يعقِدُ لِنفسِه وقد يعقِدُ لِغيرِه ، وليس المرادُ الكُلَّ كما لا يخفى (**والثَّمَنُ**) أيِ المالِكُ فيه (**للآخَرِ**) إن انفردَ صاحِبُه بالخيارِ (**أو مَوْقوفٌ**) إنْ كان الخيارُ لهما ، ولو اجتمعَ خيارُ المجلِسِ وخيارُ الشرطِ لأحدِهما فهل يغلِبُ الأولُ فيكـونُ المِلْكُ مَوْقوفًا أو الثّاني فيكـونُ لِذلـك الأحـدِ ؟ الظَّاهرُ ما اقْتضاه كلامُهم الأولُ (٢) لأنَّ خيارَ المجلِسِ كما قال الشيخانِ أسرَعُ وأولى ثُبوتًا مـن خيارِ الشرطِ ؛ لأنَّه أقْصَرُ غالِبًا ، وقولُ الزَّركشيِّ : الظَّاهرُ الثّاني لِثُبوتِ خيـارِ الشرطِ بالإجمـاعِ بعيدٌ (٣) كما لا يخفى .

(**فلو حَصَلَتْ زَوائِـدُ**) مُنفصِلَةٌ في زَمَنِ الخيـارِ كلَبَنٍ وبيضٍ وثَمَرٍ ومَهْرٍ وكسبٍ (**فهي لِمَن له المِلْكُ**) وهو مَن انفرَدَ بالخيـارِ (٤) (**وإلا مَوْقوفـةٌ**) كالبيعِ فيهما ، أمَّا المتَّصِلَةُ فتابعَةٌ للأصلِ (**والحمـلُ الموْجودُ**) عندَ البيعِ (**كالأُمِّ**) في أنَّه مَبيعٌ لِمُقابَلَتِه بقِسطٍ من الثمَنِ ، كما لو بيعَ معها بعدَ الانفِصالِ (**لا كالزَّوائِدِ**) الحاصِلَةِ في زَمَنِ الخيارِ فهو مع أُمِّه كعَيْنَيْنِ بيعَتا مَعًا فإنْ فُسِخَ البيعُ فهما للبائِعِ وإلا فللمُشتري بخِلافِ ما إذا حدَثَ في زَمَنِ الخيارِ فإنَّه من الزَّوائِدِ .

---

(١) (قوله : وقَضيَّةُ التعليلِ إلخ) قال الزَّركَشيُّ : هذا إذا كان مُقابلُه دَيْنًا أمَّا إذا كان مُقابلُه عَيْنًا كما في مَسألَةِ بَيْعِ الأمَةِ بالعبدِ فإنَّ المِلكَ لِمَن له الخيارُ فيما قَصَدَ جَلبَه لا فيما قَصَدَ إخراجَه .

(٢) (قوله : الظَّاهرُ ما اقتضاه كلامُهم الأوَّلُ) أشارَ إلى تصحيحِه ز .

(٣) (قوله : لِثُبوت خيارِ الشرطِ بالإجماعِ) فلو انقطَعَ خيارُ الشرطِ وهما مُجتمِعانِ فالظَّاهرُ بَقاءُ خيارِ المجلِسِ لِعَدَمِ التفرُّقِ ، وخيارُ الشرطِ إنَّما رَفعَ المُدَّةَ لا أصلَ الخيارِ . اهـ . قـد مَرَّ في كلامِ المُصَنِّفِ .

(٤) (قوله : وهو مَن انفرَدَ بالخيارِ) أي تمَّ العقدُ أو انفسَخَ . (تنبيهٌ) يجوزُ لِلمُشتري الانتفاعُ بالمبيعِ في زَمَنِ الخيارِ كرُكوبِ الدَّابَّةِ واستخدامِ الرَّقيقِ .

(فرعٌ : ولِمَن له المِلْكُ في المبيع) بأنْ كان الخيارُ له وحدَه (عِتْقُه) أيِ إعتاقُه (في زَمَنِ الخيارِ لا لـلآخَرِ) فليس له إعتاقُه فلو أعتقَه لم ينفُذْ (ولو آلَ المِلْكُ إليه) لِعَدَمِ مِلْكِه له حينَ إعتاقِه (وإنْ كان) الخيارُ (لهما وأعتقَه البائعُ نَفذَ) إعتاقُه لأنَّه بسَبيلٍ من الفسخِ والإعتاقِ يتضَمَّنُه فينتقِلُ المِلْكُ إليه قَبيله (أو) أعتقَه (المشتري فمَوقوفٌ) أيِ العِتْقُ فإنْ تمَّ البيعُ بانَ نُفوذُه وإلا فلا .

(فرعٌ : ومَتى وطِئَها) أيِ الأمَةَ المبيعَةَ في زَمَنِ الخيارِ (مَن انفرَدَ بالخيارِ حَلَّ) أيِ الوطءُ لِنُفوذِ تصَرُّفِه فيها واستُشكِلَ حِلُّ وطءِ المشتري بأنَّه يتوقَّفُ على الاستِبْراءِ وهو غيرُ مُعتدٍّ به في زَمَنِ الخيارِ على الأصَحِّ وأجابَ عنه ابنُ الرِّفْعَةِ بأنَّ المرادَ [١] بحِلِّ الوطءِ حِلُّه المستنِدُ للمِلْكِ لا لِلاستِبْراءِ أيْ ونَحوُه كحَيْضٍ وإحرامٍ على أنَّه قد لا يجِبُ الاستِبْراءُ بأنْ يشتري زَوْجَته فلا يحرُمُ وطؤُها في زَمَنِ الخيارِ من حَيثُ الاستِبْراءُ [٢] (وإلا) بأنْ كان الخيارُ لهما (فيحرُمُ عليهما) الوطءُ لِعَدَمِ المِلْكِ [٣] (ولا حدَّ) على الواطِئِ لِشُبْهَةِ الاختِلافِ فيمَن له المِلْكُ منهما في زَمَنِ الخيارِ ، والتصْريحُ بقولِه ولا حدَّ من زيادَتِه هنا (ثُم لا مَهْرَ على البائِعِ) بوطئِه

---

(١) (قوله : وأجابَ عنه ابنُ الرِّفْعَةِ إلخ) قال بعضُهم : وهذا دَفْعٌ لِلإشكالِ مُقْنِعٌ مُستمَدٌّ من قوله تعالى : ﴿فإنْ طَلَّقَها فلا تَحِلُّ له من بعدُ حتى تنكِحَ زَوجًا غيرَه﴾ فإنَّ التحريمَ بعدَ النِّكاحِ دائِمٌ ولكن لِمَعنًى آخَرَ وهو النِّكاحُ وانقِضاءُ العِدَّةِ ومِثلُه الجِلدُ يطهُرُ بالدِّباغِ أي تطهُرُ النجاسَةُ العينِيَّةُ وتبقَى الحُكْمِيَّةُ لا تطهُرُ إلا بالغُسلِ ومِثلُه وطءُ الحائِضِ مُحَرَّمٌ لِغايتيْنِ الانقِطاعِ والغُسلِ .

(٢) (قوله : فلا يحرُمُ وطؤُها في زَمَنِ الخيارِ من حيثُ الاستبراءُ) قال الكوهيكلوني ، وجَوابُه أنَّها حامِلٌ من الزِّنا فوضعَتْ في الحالِ عندَه فيجوزُ له الوطْءُ ا هـ . وقال في الخادِمِ : ويُمكِنُ تنْزيلُ ما ذكراه على صورَةٍ لا استبراءَ فيها وهي ما إذا اشترَى زَوجَته فإنَّه لا استبراءَ فيها فيطَؤُها في زَمَنِ الخيارِ ولا يُعارِضُ ذلك ما نَقَلاه بعدُ عن النصِّ من أنَّه ليس لِلمُشتري وطْءُ زَوجَته التي اشتراها بشرطِ الخيارِ في زَمَنِ الخيارِ لأنَّه لا يدري أيطَؤُها بالمِلكِ أو الزَّوجيَّةِ لأنَّ ذلك تفريعٌ على أنَّ المِلكَ موقوفٌ بأنْ كان الخيارُ لهما وصورَتُنا فيما إذا كان الخيارُ لِلمُشتري فقَطْ ، وكَتبَ أيضًا قالا لو اشترَى زَوجَته بشرطِ الخيارِ فهل له وطْؤُها في مُدَّته لأنَّها مَنكوحةٌ أو مَملوكَةٌ أم لا لِلتَّرَدُّدِ في حِلِّها وجهانِ المنصوصُ أنَّها لا تحِلُّ .

(٣) (قوله : لِعَدَمِ المِلكِ) وقولُ الإسنَوِيِّ : إن وطْءَ المُشتري حَلالٌ إنْ أذنَ له البائِعُ فيه مَبنِيٌّ على أنَّ مُجَرَّدَ الإذْنِ في التصَرُّفِ إجازَةٌ وهو بَحْثٌ لِلنَّوويِّ والمنقولُ خلافُه ش وقد توجَّهَ بأنَّه لَم يوجِّهْ حِلَّه بأنَّه لَم يقَع إلا وقد رَضيا ببَقاءِ العقدِ لِحُصولِ رِضا البائِعِ بإذْنِه فيه ورِضا المُشتري بشُروعِه فيه وسَيأتي في كلامِ المُصَنِّفِ كأصلِه .

٥٤/٢ (وينفُذُ استيلادُه) حَيثُ أولدَها (إنْ كان / الخيارُ) فيهما (له أو لهما) لأنَّ وطأه في الأُولى وقعَ في مِلْكِه ، وفي الثانيةِ يتضمَّنُ الفسخَ فينتقِلُ المِلْكُ إليه قَبيله بخِلافِ ما إذا كان الخيارُ للمُشتري وسيأتي .

(فإنْ وطِئَها المشتري بلا إذْنٍ) من البائعِ (والخيارُ للبائعِ دونه فوطؤُه) لها (حَرامٌ) لِعَدَمِ المِلْكِ (ولا حدَّ) عليه مُطلقًا ؛ لِشُبْهَةِ الاختِلافِ كما مَرَّ ، (ويلزَمُه المهْرُ) للبائعِ (مُطلَقًا) أيْ سواءٌ تمَّ البيعُ أم لا لأنَّه وطِئَ أمَةَ غيرِه بشُبْهَةٍ ، ومَعلُومٌ أنَّ قوله بلا إذنٍ قَيدٌ في الأخيرَةِ فقط ، (وكذا) يلزَمُه المهْرُ (لو كان) الخيارُ (لهما ولم يتِمَّ البيعُ) بأنْ فُسِخَ (لا إنْ تمَّ) بناءً على أنَّ المِلْك مَوْقوفٌ فيهما (والولَدُ) الحاصِلُ منه (حُرٌّ نَسيبٌ في الأحوالِ كُلِّها) أيْ فيما إذا كان الخيارُ له أو للبائعِ أو لهما لِلشُّبهَةِ (وحَيثُ يلزَمُه المهرُ لا يثبُتُ استيلادُه) وإنْ مَلَك الأمَةَ بعدَ الوطءِ لانتِفاءِ مِلْكِه لها حينَ العُلُوقِ ، وتلزَمُه قيمَةُ الولَدِ للبائعِ لأنَّه فوَّت عليه رِقَّه (فإنْ وطِئَها البائعُ والخيارُ للمُشتري دونه فكما لو وطِئَ المشتري والخيارُ للبائعِ) دونه (في) وُجوب (المهرِ، و) ثبوتِ (الاستيلادِ ، و) وُجوب (القيمَةِ وسُقوطِ الحدِّ) يعني عَدَمَ وُجوبه ، وذكرَه من زيادَتِه هنا ، ولو قال : والحدُّ كان أولى وأخصَرَ .

(فرعٌ : لو تلِف المبيعُ) بآفةٍ سَماويَّةٍ (بعدَ القبضِ والخيارُ للبائعِ) وحدَه (انفسَخَ) البيعُ ؛ لأنَّه ينفسِخُ بذلك عندَ بَقاءِ يدِه فعندَ بَقاءِ مِلْكِه أولى ؛ ولأنَّ نَقلَ المِلْكِ بعدَ التلَفِ لا يُمكِنُ (وإنْ كان) المبيعُ (مُودَعًا معه) [١] فإنَّ البيعَ ينفسِخُ بتلَفِه (لأنَّ يدَه كيدِ المشتري ويرُدُّ) أيِ البائعُ عليه (الثمَنَ وله) في المسألَتينِ (على المشتري القيمَةُ) في المتقوِّمِ والمِثلُ في المِثليِّ [٢] (كضَمانِ المستعيرِ) والمستامِ (ولو كان الخيارُ للمُشتري) وحدَه (أو لهما فتلِف) المبيعُ بعدَ قبضِه (لم ينفسِخْ) أيِ البيعُ لِدُخولِه في ضَمانِه بالقبضِ (ولم ينقَطِعِ الخيارُ) كما لا يمتنِعُ التحالُفُ بتلَفِ المبيعِ ويُفارِقُ امتِناعَ الرَّدِّ بالعيبِ بعدَ التلَفِ ، لأنَّ الضَّرَرَ ثَمَّ يندَفِعُ بالأرشِ (ولَزِمَ) المشتريَ (الثمَنُ إنْ تمَّ العقدُ وإنْ فُسِخَ فالقيمَةُ) أو المِثلُ (على

---

(١) (قوله : وإنْ كان معه مودَعًا) الغايةُ باعتبارِ ما بعدَها من قوله وله على المُشتري القِيمَةُ وفي بعضِ النُّسَخِ تأخيرُها عنه .

(٢) (قوله : والمِثلُ في المِثليِّ) ذكَرُه المِثلَ هنا وفيما إذا كان الخيارُ لهما تفريعٌ على رَأيٍ مَرجوحٍ .

المشتري) واستردَّ الثمَنَ **(والقولُ)** عندَ التنازُعِ **(في قدرِها)** أيِ القيمَةِ **(قولُه)** بيمينِه لأنَّه الغارِمُ لها ، **(ولو أتلَفه مُتلِفٌ)** ولو بعدَ قبضِه **(والخيارُ للبائعِ وحدَه انفسَخَ)** البيعُ كما في صورَةِ التلفِ ، **(وإنْ كان)** الخيارُ **(لهما أو للمُشتري)** وحدَه **(وأتلَفه أجنَبيٌّ)** ولو قبلَ القبضِ **(لم ينفسِخ)** أيِ البيعُ لِقيامِ البَدَلِ اللازِمِ له من قيمَةٍ أو مِثلٍ مَقامِه ، وقد ذكَرَ لُزومَ القيمَةِ له بقولِه : **(وتلْزَمُ القيمَةُ)** للمُشتري لِفواتِ عَيْنِ المبيعِ **(والخيارُ بحالِه وإنْ أتلَفه المشتري ولو قبلَ القبضِ)** والخيارُ له أو لهما **(استقَرَّ عليه الثمَنُ)** لأنَّه بإتلافِه المبيعَ قابضٌ له ، كما لو أتلَف المالِكُ المغصوبَ في يدِ الغاصِبِ **(أو)** أتلَفه **(البائعُ)** ولو **(بعدَ القبضِ فكتلَفِه)** بآفةٍ وتقَدَّمَ بَيانُ ما إذا تلِف بعدَ القبضِ ، وسيأتي بَيانُ ما إذا تلِف قبله **(وإنْ تلِف بعضُ المبيعِ)** وكان مِمَّا يُفرَدُ بالبيعِ كعبدَيْنِ تلِف أحدُهما **(في زَمَنِ الخيارِ)** ولو بعدَ القبضِ **(والخيارُ للبائعِ)** وحدَه **(انفسَخَ فيه)** أيْ في التلَفِ دون الباقي **(وإلا)** بأنْ كان الخيارُ للمُشتري أو لهما **(فلا)** ينفسِخُ لِدُخولِ المبيعِ في ضَمانِه بالقبضِ .

(فرعٌ : التسليمُ) للمَبيعِ أو الثمَنِ **(في مُدَّةِ الخيارِ لا يجِبُ)** لاحتِمالِ الفسخِ **(ولا يُبْطِلُه)** أيِ التسليمُ الخيارَ **(فلو سَلَّمَه)** أحدُهما تبرُّعًا لم يبطُلْ خيارُه ولا يُجْبَرُ الآخَرُ على تسليمِ ما عندَه وإذا لم يبطُلْ خيارُه **(فله استِردادُه)** بخِلافِ ما لو سَلَّمَه بعدَ اللُّزومِ .

(فرعٌ : لو اشترَى زَوْجَته بشرطِ الخيارِ ثُم طَلَّقَها فيه) أيْ في زَمَنِه **(والخيارُ للبائعِ وقَعَ)** الطَّلاقُ عليها ، لأنَّها مَحَلٌّ له لِبَقاءِ مِلْكِ البائعِ عليها ، **(وكذا)** يقَعُ **(إنْ فُسِخَ)** البيعُ **(وهو)** أيْ والخيارُ **(لهما)** لِتبَيُّنِ بَقاءِ مِلْكِه عليها **(لا إنْ تمَّ)** البيعُ لِتبَيُّنِ أنَّها ليستْ مَحَلاً لِلطَّلاقِ لِمِلْكِ الزَّوجِ لها **(وإنْ كان الخيارُ للمُشتري وتمَّ)** البيعُ **(لم يقَع)** أيضًا لأنَّها مِلْكُه **(وإلا)** أيْ وإنْ لم يتِمَّ البيعُ بأنْ فُسِخَ **(فوجهانِ)** :

أحدُهما : وهو ما اقتضاه كلامُ الرَّافعيِّ [١] في بابه كذلك بناءً على أنَّ الفسخَ يرفعُ العقْدَ من حينِه .

---

(١) (قوله : أحدُهما وهو ما اقتضاه كلامُ الرَّافِعِيِّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

والثّاني : يقَعُ بناءً على أنّه يرفعُه من أصلِه .

(ويحـرُمُ عليه وطؤُها في زَمَـنِ الخيارِ) الثابتِ له وحدَه **(لِجَهالَةِ)** جِهَةِ **(المبيحِ)** له لأنّه لا يدري أيطَأُ بالمِلكِ [١] أو بالزَّوْجيَّةِ وإذا اختلفَتِ الجِهَةُ وجَبَ التوقُّفُ احتياطًا للبُضعِ بخِلافِ ما إذا كان الخيارُ للبائعِ أو لهما فيجوزُ الوطءُ بالزَّوْجيَّةِ لِبَقائِها ، وزادَ / في المجمُوعِ على مَنعِ حِلِّ الوطءِ فيما مَرَّ ، قال الرُّويانيُّ : ٥٥/٢
فإنْ تمَّ البيعُ فهل يلزَمُه استِبْراؤُها ؟ وجهانِ بناءً على جوازِ الوطءِ إنْ حَرَّمناه لَزِمَ وإلا فلا [٢] ، وإن انفسَخَ البيعُ فإنْ قُلْنا المِلْكُ للبائعِ أو مَوْقوفٌ فالنِّكاحُ بحالِه أو للمُشتري فوجهانِ : أحدُهما ينفسِخُ لِمِلْكِه لها والثّاني قال : وهو ظاهرُ المذْهَبِ [٣] لا ، لأنَّ مِلْكه غيرُ مُستقرٍّ قال الرُّويانيُّ ولو اشترَى مُطلَّقَته ثُم راجعَها في زَمَنِ الخيارِ فإنْ تمَّ البيعُ فالرَّجْعَةُ باطِلَةٌ ، وإنْ فُسِخَ وقُلْنا المِلْكُ للبائعِ أو مَوْقوفٌ صَحَّتْ أو للمُشتري [٤] فوجهانِ . انتهى .

(فصْلٌ : يحصُلُ الفسخُ [٥] بفسَختُ) البيعَ **(واسترجَعتُ المبيعَ ونَحوه)** كأَزَلْتُ البيعَ ورَفعتَه **(وقولُ مَنْ له الخيارُ لا أبيعُ)** ان كان بائعًا **(ولا أشتري)** إنْ كان مُشتريًا **(حتّى تزيدَ لي أو تنقُصَ لي في الثّمَنِ أو الأجَلِ ، وامتِناعُ)** أيْ مع امتِناعِ **(الآخَرِ)** من ذلك **(فسخٌ)** للبيعِ ، وكذا طَلَبُ البائعِ حُلُولَ الثّمَنِ المؤَجَّلِ وطَلَبُ المشتري تأجيلَ الثّمَنِ الحالِّ مع امتِناعِ الآخَرِ من ذلك وقولُه **(منهما)** من زيادَتِه .

(فرعٌ : عِتْقُ البائعِ) الرَّقيقَ المبيعَ **(إنْ كان الخيارُ له ووطؤُه)** الأمَةَ المبيعَةَ في قُبُلِها أيْ كُلٌّ منها **(فسخٌ)** أيْ مُتضمِّنٌ له وإنْ لم ينوِه به لإشعارِه بعَدَمِ البَقاءِ على البيعِ وظُهورِ النَّدَمِ ، ويُخالِفُ الرَّجْعَةَ حَيثُ لا تحصُلُ بالوطءِ ، لأنَّها لِتدارُكِ النِّكاحِ وابتِداؤُه لا يحصُلُ بالفعلِ فكذا تدارُكُه ، والفسخُ هنا لِتدارُكِ المِلْكِ وابتِداؤُه يحصُلُ بالقولِ والفعلِ كالسَّبْيِ والاحتِطاب فكذا تدارُكُه ، وكان الأولى أنْ

---

(١) (قوله : لأنّه لا يدري أيطَأُ بالمِلك) أي الضَّعيفِ الذي لا يُبيحُ الوطءَ .
(٢) (قوله : إنْ حَرَّمنا يلزَمُ وإلا فلا) طَرِيقَةٌ ضعيفةٌ .
(٣) (قوله : والثاني قال وهو ظاهرُ المذْهَب لا) أشارَ إلى تصحيحِه .
(٤) (قوله : أو لِلمُشتري فوجهانِ . ا هـ) أصحُّهما عَدَمُ صِحَّتِها .
(٥) (قوله : يحصُلُ الفسخُ إلخ) يحصُلُ كُلٌّ من الفسخِ والإجازَةِ بالكِنايةِ كالصَّرِيحِ .

يقولَ إن كان له خيارٌ ليشمَلَ ما إذا كان الخيارُ لهما . وأنْ يُقَدِّمَ الشرطَ على العِتْقِ والوطءِ جَميعًا أو يُؤَخِّرَه عنهما لأنَّه مُعتبَرٌ فيهما ، وكلامُ الأصلِ مُوفٍ بالغرَضِ ولا يُؤَثِّرُ في كونِ الوطءِ فسخًا كونُه حَرامًا فيما إذا كان الخيارُ لهما ، والظَّاهرُ كما قال الأذرَعيُّ أنَّ [١] وطأه إنَّما يكونُ فسخًا [٢] إذا عَلِمَ أو ظَنَّ وهو مُختارٌ أنَّ الموطوءَةَ هي المبيعَةُ ولم يقصِدْ بوطئِه الزِّنا ، وشمِلَ كلامُهم في مَسألَةِ العِتْقِ المنَجَّزَ والمعَلَّقَ وفي المعَلَّقِ وجهانِ في البَحرِ في باب الرِّبا وكلامُ المصنفِ يشمَلُ عِتقَ البعضِ .

وظاهرٌ أنَّه يكونُ فسخًا في الجميعِ ، ومع كوْنِ العِتْقِ فسخًا هو صَحيحٌ **(إلا إنكارُه البيعَ)** فليس فسخًا لأنَّه لا يقتضي إزالَةَ مِلْكٍ وليس بعَقْدٍ لازِمٍ بل يُحتمَلُ معه التَرَدُّدُ في الفسخِ والإجازَةِ ، **(و)** لا **(مُباشرَتُه فيما دون الفرجِ)** فليستْ فسخًا كالاستِخدامِ ، وصحح الأذرَعيُّ - تبعًا لابنِ الرِّفعَةِ - أنَّها فسخٌ لأنَّها لا تُباعُ إلا بالمِلْكِ ، ثُم قال : ويُشبه أنْ يكونَ مَحَلُّه في المباحَةِ له لولا البيعُ وكذا الوطءُ أمَّا لو كانتْ مُحرَّمَةً عليه بتمَجُّسٍ أو غيرِه فلا يكونُ فسخًا قَطعًا ومن هذا وطءُ الخُنثَى واضِحًا وعَكْسُه ، فلو اختارَه الموطوءُ في الثانيةِ الأُنُوثةَ بعدَه تعَلَّقَ الحُكْمُ بالوطءِ السَّابقِ ذَكرَه في المجموعِ في باب الأحداثِ ، وقياسُه أنَّه لو اختارَ الواطِئُ في الأُولى الذُّكُورَةَ بعدَه تعَلَّقَ الحُكْمُ بالوطءِ السَّابقِ .

(و) لا **(الاستِخدامُ)** كالرُّكُوب فليس فسخًا لأنَّ مَقْصودَ الخيارِ التروِّي ولا تُمكِنُ مَعرِفتُه إلا بالاستِخدامِ فلو جَعَلْناه فسخًا لَفات المقْصودُ **(ولو تصرّف)** فيه **(ببيعٍ وإجارَةٍ ونَحوِ ذلك)** كالتزويجِ [٣] والرَّهْنِ والهبَةِ ولو من فرعِه مع القبضِ فيهما **(صَحَّ)** كُلٌّ منها **(وكان فسخًا)** كالعِتْقِ [٤] ، ومَعلُومٌ أنَّ الصِّحَّةَ تتأخَّرُ عن الفسخِ فيُقَدَّرُ الفسخُ قُبيلَ التصَرُّفِ كما يُقَدَّرُ المِلْكُ قُبيلَ العِتْقِ فيما لو قال لِغيرِه أعتِقْ

---

(١) (قولُه والظَّاهرُ كما قال الأذرَعيُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : أنَّ وطأه إنَّما يكونُ فسخًا إلخ) يُستثنَى الوطءُ المحَرَّمُ بدونِ البيعِ كوطءِ أمَته المحَرَّمَةِ عليه بنَسَبٍ أو نحوِه .

(٣) (قوله : كالتزويجِ) أي والوقفُ .

(٤) (قوله : كالعِتْقِ) لو باعَ حامِلا ثم أعتقَ حَملها في زَمَنِ الخيارِ قال القفَّالُ في فتاويه : ينفسِخُ البيعُ كما لو باعَ حامِلا ، واستثنَى حَملها ثم إن جَعَلنا الحملَ مَعلومًا بَطَلَ البيعُ في الحالِ وإلا توقَّف على الوضعِ فإنْ وضعَتْ لأقلَّ من سِتَّةِ أشهرٍ من الإعتاقِ تبيَّنَّا أنَّ البيعَ كان مُنفسِخًا ، وقد عَتَقَ الحملُ أو لِستَّةِ أشهرٍ فأكثرَ وهي مُزَوَّجةٌ لَم ينفُذِ العِتقُ في الحملِ ولا يبطُلُ البيعُ .

عبدَك عَنِّي بكذا فأجابَه ، (وإذنُه للمُشتري في العِتقِ ، و) في (التصَرُّف) ببيعٍ أو إجارَةٍ أو تزويجٍ أو طَحنٍ أو غيرِها .

(و) في (الوطءِ مع تصَرُّفِ المشتري ووطئِه إجازَةٌ) من الطَّرفَينِ لِدَلالَةِ كُلٍّ منهما على اختيارِ التملُّكِ (وصَحيحٌ نافِذٌ) [١] كالعِتقِ ، وكذا تصرُّفُ المشتري مع البائعِ كما صرّحَ به الأصلُ ، أمَّا مُجَرَّدُ الإذنِ له في شيءٍ من ذلك فليس إجازَةً منه كما صرّحَ به الأصلُ . قال في المجموعِ : وفيه نَظَرٌ لأنَّ العِبرَةَ بالدّلالَةِ على الرّضا ، وهو حاصِلٌ بمُجَرَّدِ الإذنِ انتهى . ولا يخفى أنَّه لا حاجَةَ في كلامِ المصنفِ لِذِكرِ العِتقِ لِشُمولِ التصرُّفِ له ولا لِذِكرِ النُّفوذِ لِلاغتِناءِ عنه بالصِّحَّةِ ، ولهذا ترَك الأولَ في طرَفِ المشتري ، والثاني في طرَفِ البائعِ .

(ويثبُتُ بالوطءِ) أيْ وطءِ المشتري بإذنِ البائعِ (الاستيلادُ لا مَهرُ ولا قيمَةُ الولَدِ) لأنَّه قد تبيَّنَ أنَّ الوطءَ وقَعَ في مِلكِه (وإنْ علِمَ) البائعُ (بذلك) أيْ بوطءِ المشتري أو تصرُّفِه (وسَكت لم يكنْ) سُكوتُه (إجازَةً) منه كما لو سَكت على وطءِ أمَتِه لا يسقُطُ به المهرُ .

(فرعٌ : وطءُ المشتري) بغيرِ إذنِ البائعِ (إجازَةٌ) منه (وكذا عِتقُه وتصَرُّفُه بغيرِ إذنِ البائعِ وإنْ لم ينفُذْ) بأنْ كان الخيارُ لهما ؛ لِما فيه من إبطالِ خيارِ البائعِ [٢] بخِلافِ / عَكسِه لأنَّ الفسخَ أقوى من الإجارَةِ لِتقدُّمِه عليها كما مَرَّ ، ٢/٥٦
وأمَّا عِتقُه فنافِذٌ إنْ كان الخيارُ له أو لهما وتمَّ البيعُ ، وما تقَرَّرَ في وطءِ البائعِ وعِتقِه وتصَرُّفِه غيرَها يأتي نَظيرُه هنا .

(وليس العرضُ على البيعِ) ولا الإذنُ فيه (ولا الهبَةُ والرَّهنُ بلا إقباضٍ) فيهما (إجازَةً) من المشتري (ولا فسخًا) من البائعِ لِما مَرَّ في إنكارِ البيعِ ، (ولو باعَ) أحدُ العاقِدَيْنِ (المبيعَ في زَمَنِ الخيارِ) الثابتِ له أو لهما (بشرطِ الخيارِ لِنفسِه) أو لهما (فقَريبٌ من الهبَةِ قبلَ القبضِ) يعني الخاليةَ عن القبضِ كما عَبَّرَ به الأصلُ فلا يكونُ فسخًا ولا إجازَةً بناءً على أنَّه لا يزولُ مِلكُ البائعِ بمُجَرَّدِ البيعِ

---

(١) (قوله : وصحيحٌ نافِذٌ) لو باعَ شيئًا ثم في مَجلِسِ العقدِ اشترَى بثَمَنِه شيئًا آخَرَ جازَ ، ويكونُ إجازَةً لِلعَقدِ ، وإنِ اشترَى ببعضِه فكما لو كان العقدُ في بعضِه قاله البغَوِيّ في فتاويه : قال ويجِبُ أنْ يجوزَ لهما الفسخُ في الباقي لأنَّه تفريقٌ لِلعَقدِ بالتراضي كالإقالةِ .

(٢) (قوله : لِما فيه من إبطالِ خيارِ البائعِ) فإنْ كان الخيارُ له نَفذَ تصَرُّفُه كما مَرَّ .

وهو الأصَحُّ ، فالمرادُ بقولِهم : التصرُّفُ من البائِع فسخٌ ومن المشتري إجازَةٌ التصرُّفُ الذي لم يُشترَط فيه ذلك .

(فرعٌ : وإن اشترَى عبدًا بجاريةٍ [١] والخيارُ لهما فأعتقَهما مَعًا) في زَمَنِ الخيارِ (عَتقَتِ الجاريةُ فقط) لِما مَرَّ أنَّ إعتاقَ البائِع فيه نافِذٌ مُتضَمِّنٌ للفسخِ ، وأنَّ الفسخَ مُقَدَّمٌ على الإجازَةِ ، وإنَّما لم يُعتق العبدُ لأنَّ فيه إبطالَ حَقِّ صاحِبه من الخيارِ (ولو كان الخيارُ له) أيْ لِمشتري العبدِ وحدَه (عَتقَ العبدُ) لأنَّ إعتاقَه له إجازَةٌ وللجاريةِ فسخٌ ، والإجازَةُ إبقاءٌ للعَقْدِ ، والأصلُ بَقاؤه ولِحُصولِ عِتقِ العبدِ بلا وسَطٍ بخِلافِ عِتقِها لا بُدَّ فيه من تقديرِ تقَدُّمِ الفسخِ فقُدِّمَتِ الإجازَةُ هنا لِقوَّتِها على أنَّ إعتاقه الجاريةَ لم يُصادِف مِلكه فإنَّها ليست له بل للبائِع بخِلافِ العبدِ (أو) كان الخيارُ (لِصاحِبه) أيْ لِبائِع العبدِ وحدَه (مَوْقوفٌ) أي العِتْقُ (فإنْ فُسِخَ) البيعُ (نَفذَ) العِتقُ (في الجاريةِ) لأنَّها مِلكُ مُعتِقِها حالَةَ اعتِاقِها (وإلا ففي العبدِ) وإنْ لم يكنْ مِلك مُعتِقِه حالَةَ إعتاقِه لأنَّ العِتقَ لِقوَّتِه وتشَوُّفِ الشارِع إليه لم يلغُ في مِثلِ ذلك بل وقْفُ نُفوذِه على تمامِ البيعِ ، هذا غايةُ ما يُوجِبه نُفوذُ عِتقِ العبدِ القائِل به المصنفُ هنا تبعًا لِلشَّيخينِ ، لكنَّ الأوجَهَ عَدَمُ نُفوذِه ليُوافِقَ ما قَدَّموه من أنَّ المشتري إذا أعتقَ المبيعَ في زَمَنِ الخيارِ المشروطِ للبائِع لم ينفُذ ، وإنْ تمَّ البيعُ لِوُقوعِه في مِلْكِ غيرِه وقد قال الإسنَويُّ [٢] : ما قالاه هنا غيرُ مُستقيمٍ لأنَّه كان الخيارُ للبائِع فمِلْكُ المبيعِ له فكيف ينفُذُ عِتقُه بإعتاقِ المشتري (وإنْ أعتقَهما البائِعُ) والخيارُ لهما أو له أو لِصاحِبه

(فعلى هذا القياسِ والعبدُ له) في عِتقِه (كالجاريةِ) للمُشتري في عِتقِها

---

(١) (قوله : وإذا اشترَى عبدًا بجاريةٍ إلخ) كلامُهم هنا مُصَرِّحٌ بأنَّ كُلَّ واحدٍ من العبدِ والجاريةِ مَبيعٌ وثَمَنٌ ، وسَيأتي أنَّ الصَّحيحَ في مِثلِه الثمَنُ ما دَخلَتْ عليه الباءُ .

(٢) (قوله : وقد قال الإسنَويُّ إلخ) ما قالاه هو المُستقيمُ ولا مُخالَفةَ بينه وبين ما قَدَّموه لأنَّ ذاكَ مَحَلُّه في تصَرُّفِ كُلٍّ من البائِع أو المُشتري في المبيع فقَطْ والكلامُ هنا في تصَرُّفِه فيه وفي الثمَنِ كِلَيهما وإنَّما لَم ينفُذْ إعتاقُ المُشتري في الثمَنِ ، وإنْ كان مَملوكًا له ونَفذَ إعتاقُه في المبيعِ وإنْ كان مَملوكًا لِبائِعِه فيما إذا كان الخيارُ له وأجازَ لِئَلاَّ يلزَمَ اعتبارُ الفسخِ الضِّمنيّ مِمَّنْ لا خيارَ له وإنَّما لَم ينفُذْ إعتاقُ البائِع في الجاريةِ وإنْ كانتْ مَملوكَةً له ونَفذَ إعتاقُه في العبدِ وإنْ كان مَملوكًا لِمُشتريه فيما إذا كان الخيارُ له ، وأجازَ لِئَلاَّ يلزَمَ إلغاءُ إجازَةِ مَنِ انفرَدَ بالخيارِ .

ولا يخفى تقريره (١) ، وقولُه من زيادَتِه والعبدُ له كالجاريةِ لا حاجةَ إليه بل فيه قَلاقَةٌ ولمَّا فرَغَ من خيارِ التروِّي أخَذَ في خيارِ النَّقْصِ فقال :

(بابُ خيارِ النَّقْصِ)

وهو المتعَلِّقُ بفواتِ مَقصودِ مَظنُونٍ نَشأ الظَّنُّ فيه من التِزامٍ شرطيٍّ أو قَضاءٍ عُرفيٍّ أو تغريرٍ فعليٍّ كما قال (**يثبُتُ الخيارُ بفواتِ ما يُظَنُّ حُصولُه بشرطٍ أو عُرفٍ أو تغريرٍ**) فهي ثَلاثةُ أُمورٍ : (**الأولُ : ما يُظَنُّ**) حُصولُه (**بشرطٍ وفيه غَرَضٌ مَقصودٌ**) (٢) (**فإنْ شرَطَ كونَه**) أي المبيعَ الرَّقيقَ (**كاتِبًا أو خبَّازًا أو مُسلِمًا ونَحو ذلك**) من الأوصافِ المقصودَةِ فبانَ خِلافُه ثَبَت الخيارُ (٣) لِفواتِ فضيلَةِ ما شرَطَ ، (**وكذا**) إنْ شرَطَ كونَه (**كافِرًا أو فحلا أو مَجْنُونًا أو خَصيًّا**) فبانَ خِلافُه لاختِلافِ الأغراضِ بذلك إذ في الكافِرِ مَثَلاً فواتُ كثْرَةِ الرَّاغِبين إذْ يشتريه المسلِمُ والكافِرُ بخِلافِ المسلِمِ ، والخَصِيُّ بفتحِ الخاءِ : مَنْ قُطِعَ أُنثَيَيه أو سُلِتا وبَقِي ذَكَرُه (٤) ، (**لا**) إنْ شرَطَ كونَه (**أقْلَف**) فبانَ مختونًا فلا يثبُتُ به الخيارُ إذا لم يُفتِ بذلك غَرَضٌ مَقصودٌ (**إلا أنْ كان**) الأقْلَفُ (**مَجوسيًّا بين مَجوسٍ يرغَبونَ فيه**) بزيادَةٍ فيثبُتُ بذلك الخيارُ (**أو شرَطَ كونَها**) أي الأمَةَ (**بكْرًا أو جَعْدَةَ الشعرِ**) بإسكانِ عَيْنِ جَعدَةٍ فبانَ خِلافُه لِفواتِ فضيلَةِ البَكارَةِ والتجعُّدِ الدّالِّ على قوَّةِ البَدَنِ وهو ما فيه التِواءٌ وانعِقاصٌ لا المفلْفلُ كشُعورِ السُّودانِ (**لا عَكْسَهما**) بأنْ شرَطَ كونَها ثَيِّبًا أو سَبِطَةَ الشعرِ بإسكانِ الباءِ وكسرِها وفتحِها أيْ مُسترسِلَته

---

(١) (قوله : ولا يخفى تقريرُه) فيُعتقُ العبدُ إذا كان الخيارُ لِلبائعِ أو لِلمُشتري وأجازَ ، والجاريةُ إنْ كان الخيارُ لهما أو لِلمُشتري وفسَخَ .

(٢) (قوله : وفيه غَرَضٌ مَقصودٌ) أي في نفسِه لأغراضِ الناسِ المطْلوبةِ به من زيادَةِ قِيمَةٍ وغيرِها .

(٣) (قوله : فبانَ خلافُه ثَبَت الخيارُ إلخ) لو مات الرَّقيقُ قبلَ اختيارِه ففي فتاوى القفَّالِ أنَّ القولَ قولُ المُشتري بخلافِ ما لو اشترَى عبدًا فهَلَكَ في يدِه ثم ادَّعَى عَيْبَه فإنَّ الأصلَ السَّلامَةُ ولو ادَّعَى البائعُ نِسيانَه عندَ المُشتري وأمكَنَ احتمَلَ كلامُه وجهَيْنِ . ا هـ . وأصحُّهما تصديقُ المُشتري بيمينِه .

(٤) (قوله : أو سُلِتا وبَقِي ذكره) لأنَّه يدخُلُ على الحُرَمِ كذا قالوه ، وكان المُرادُ به المسموحَ وإلا فباقِي الذَّكَرِ كالفحلِ في وُجوبِ الاحتجابِ منه فينبَغي أنْ لا يثبُتَ الرَّدُّ لأنَّه لَم يفُتْ به غَرَضٌ ، وقال العبَّاديُّ : لا رَدَّ لأنَّ الفُحولَةَ فضيلَةٌ .

(فبانَ خِلافُه) فلا يثبُتُ به الخيارُ لأنَّه خيرٌ ممَّا شرطَه فهو كما لو شرطَ كونَه فاسِقًا أو خائِنًا أو أُمّيًّا وأحمَقَ أو ناقِصَ الخِلْقَةِ فبانَ خِلافُه ، / وكلامُه كالرَّوْضَةِ يُفهِمُ ٥٧/٢ اختِصاصَ حُكْمِ التجعُّدِ بالأمَةِ ، وعِبارَةُ الرَّافعيِّ تشمَلُ العبدَ قال الأذرَعيُّ : والأشبَه أنَّ حُكْمَه حكمها [١] **(أو)** شرطَ كونَها **(يهوديَّةً أو نَصْرانيَّةً** [٢] **فبانَتْ مجوسيَّةً ونَحوه)** الأُولى ونَحوها كوثَنيَّةٍ **(ثَبَت الخيارُ)** لِفواتِ حِلِّ الوطءِ بخِلافِ ما لو شرَطَ كونَها يهوديَّةً فبانَت نَصْرانيَّةً أو بالعكْسِ ، ويثبُتُ أيضًا فيما لو شرَطَ كونَ الكافِرِ يهوديًّا أو نَصْرانيًّا فبانَ مجوسيًّا أو عَكْسَه وبعَكْسِه صرَّحَ الرُّويانيُّ .

(فرعٌ) : قال الشيخُ أبو حامِدٍ قال أصحابُنا : لو اشترَى ثَوْبًا على أنَّه قُطنٌ فبانَ كتَّانًا لم يصِحَّ الشِّراءُ لاختِلافِ الجِنسِ ، **(ويكفي في الوصْفِ)** المشروطِ **(ما يقَعُ عليه الاسمُ)** ولا تُشترَطُ فيه النِّهايةُ ففي شرطِ الكِتابَةِ يكفي اسمُها وإنْ لم تكنْ حَسَنَةً فلو شرَطَ حُسنَها اعتُبرَ حُسنُها عُرفًا قاله المتولِّي **(وخيارُ الخلْفِ على الفوْرِ)** فلو تعذَّرَ الرَّدُّ بهلاكٍ أو غيرِه فله الأرشُ كما في العيبِ .

الأمرُ **(الثاني ما يُظَنُّ)** حُصولُه **(بالعُرفِ)** المطَّرِدِ **(وهو السَّلامَةُ من العيبِ)** [٣] الآتي ضابطُه **(ويلزَمُه)** أيِ البائِعَ **(وغيرَه)** [٤] عندَ العِلمِ به **(بَيانُه)** أيِ العيبِ **(للمُشتري)** وإنْ لم يثبُتِ الخيارُ له لِخَبَرِ : «مَن غَشَّنا فليس مِنَّا» رواه الشيخانِ [٥] ولِخَبَرِ «المسلِمُ أخو المسلِمِ لا يحِلُّ لِمَن باعَ من أخيه بيعًا يعلمُ فيه عَيْبًا إلا بيَّنَه» رواه الحاكِمُ ، وقال : صَحيحٌ على شرطِهما ، وذكرَه البُخاريُّ تعليقًا

---

(١) (قوله : والأشبَه أنَّ حُكْمَه حُكْمُها) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : أو يهوديَّةً أو نَصْرانيَّةً) أي يحِلُّ وطؤُها .

(٣) (قولُه وهو السَّلامَةُ من العيبِ إلخ) فيثبُتُ الرَّدُّ لِلمُشتري بظُهورِه في المبيعِ ولِلبائِعِ بظُهورِه في الثمَنِ المُعَيَّنِ وإنْ قدرَ كُلٌّ منهما على إزالَته لا يختصُّ الخيارُ بظُهورِ العيبِ بل فواتُ الوصْفِ المقصودِ ، كذلك فلو اشترَطَ عبدًا كاتبًا أو مُتَّصِفًا بصِفةٍ تزيدُ في ثَمَنِه ثم زالَت الصِّفةُ بنِسيانٍ أو غيرِه في يدِ البائِعِ ثَبَت لِلمُشتري الخيارُ .

(٤) (قوله : ويلزَمُه وغيرُه) بَيانُه لِلمُشتري لو كان به عيبان أو عُيوبٌ فهل يجِبُ ذكرُ الجميعِ لأنَّ المُشتري قد ينفِرُ من عَيْبٍ دونَ عَيْبٍ أو واحدٍ منها أو تُزيِّدَ بحيثُ تقِلُّ الرَّغبةُ فيه نَظَرٌ . وقولُه : فهل يجِبُ ذكْرُ الجميعِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) الحديث لم يروه البخاري ، وإنما رواه مسلم في كتاب الإيمان ، باب قول النبي ﷺ : «ومن غشنا فليس منا» ، حديث (١٠٢) .

بصيغةِ [(١)] الجزمِ ، وكالعيْب في ذلك كُلُّ ما يكونُ تدليسًا كتلْطيخِ ثوْب عبدِه بمِدادٍ ، وقَضيَّةُ كلامِهم كما قال الأذْرَعيُّ أنَّه لا يكْفيه أنْ يقولَ مَعيبًا أو به جَميعُ العُيُوب أو أبيعُه بشرطِ البَراءَةِ من العُيُوب أو يقولَ الفقيه عن كِتابه المغْلُوطِ هو غيرُ مُقابلٍ أو يحتاجُ إلى مُقابَلَةٍ بل لا بُدَّ من بَيانِ العيْب المعلُومِ بعَيْنِه .

(**فمن العُيُوب الخِصاءُ**) بالمدِّ ولو لِبَهيمَةٍ [(٢)] (**والجَبُّ**) لِلذَّكرِ أيْ قَطعُهُ لِلنَّقصِ المفوِّتِ للغَرَضِ من الفحلِ فإنَّه يصْلُحُ لِما لا يصْلُحُ له الخصيُّ والمجبوبُ وإنْ زادَتْ قيمَتُها باعتِبارٍ آخَرَ ، (**و**) منها (**مَرَّةٌ**) من كُلٍّ (**من الزِّنا والسَّرِقَةِ والإباقِ**) من الرَّقيقِ ولو صَغيرًا لِنَقصِ قيمَتِه بكُلٍّ منها (**ولو تابَ**) منها فإنَّها عُيُوبٌ لأنَّ تُهَمَةَ الزِّنا لا تزولُ ولِهذا لا يعودُ إحصانُ الحُرِّ الزَّاني بالتوْبَةِ ، وعَدُّ السَّرِقَةِ والإباقِ مع التوْبَةِ من العُيُوب من زيادَتِه [(٣)] قاسَهما على الزِّنا وهو مَردودٌ [(٤)] .

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك (١٠/٢) حديث (٢١٥٢) ، ورواه ابن ماجه (٧٥٥/٢) كتاب التجارات ، باب من باع عيبًا فليبينه ، حديث (٢٢٤٦) ، وأحمد في مسنده (١٥٨/٤) حديث (١٧٤٨٧) جميعًا عن عقبة بن عامر مرفوعًا ، وإسناده حسن .

(٢) (قوله : ولو لِبَهيمَةٍ) صَرَّحَ به الجُرجانيُّ ونَقَله عنه السُّبكيُّ في شرحِ المهذَّب وأقرَّه لكنَّ المُتَّجَهَ كما قاله الأذْرَعيُّ والزَّركَشيُّ أنَّه ليس بعَيْبٍ فيما يُؤكَلُ لَحمُه ولا في البغالِ والبراذينَ لِغَلَبَته فيها أت ، قال الرُّويانيُّ : لو خَصَى كَبشَ غيرِه وبَرِئَ لا يضمَنُ شيئًا إذْ لا ينقُصُ به ولو خَصَى عبدَ غيرِه ضَمِنَ فثبَتَ أنَّه ليس بعَيْبٍ في المأكولِ .

(٣) (قوله : وعَدُّ السَّرِقَةِ والإباقِ مع التوبةِ من العُيوب من زيادَته) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وهو مَردودٌ إلخ) الرَّدُّ مَردودٌ والفرقُ بين السَّرِقَةِ والإباقِ وبين شُرب الخمرِ ظاهرٌ .

فقد قال القاضي والبَغَوِيُّ (١) اقْتِضَنْتُكِ وغيرُهم بخِلافِ ما لو شرِبَ خَمرًا ثُم تابَ لا يُرَدُّ به لأنَّ التوبَةَ تنفي سِمَةَ الشُّرب ولا تنفي سِمَةَ الزِّنا بدَليلِ أنَّ قاذِفَ الزَّاني لا يُحدُّ وسيأْتي في المرتدِّ عن الكِفايةِ ما يُؤَيِّدُه ، ولا يمنَعُ المشتري من الرَّدِّ بكُلِّ من الثلاثةِ وُجودُه عندَه ثانيًا ؛ لأنَّ الثاني من آثارِ الأولِ ، وقال المتولِّي : إنْ زادَتْ قيمَةُ المبيعِ نَقْصًا بذلك (٢) فلا رَدَّ وإلا فله الرَّدُّ ، (و) منها (البَخَرُ) النَّاشِئُ (من تغَيُّرِ (المعِدَةِ) لا من قُلَحِ الأسنانِ فليس بعَيْبٍ لأنَّه يزولُ بالتنظيفِ ، والتقْييدُ بكونِه من المعِدَةِ حَكاه القاضي مُجَلِّي عن بعضِهم ثُم قال : ولا حاجَةَ إليه لأنَّ البَخَرَ لا يكونُ إلا منها (والصُّنانُ المستحكِمُ المخالِفُ للعادَةِ) دون ما يكونُ لِعارِضِ عَرَقٍ أو حَرَكةٍ عَنيفةٍ أو اجْتِماعِ وسَخٍ ولو ترَكَ المستحكِمَ كما ترَكه القاضي مُجَلِّي وغيرُه لَكفى عنه ما بعدَه ، (و) منها (اعتيادُ ابنِ سَبْعٍ) من السِّنينَ (بَوْلَه بالفِراشِ) (٣) بخِلافِ مَنْ دونها أيْ تقريبًا لِقولِ القاضي أبي الطَّيِّب ، وغيرِه بأنْ لا يكونَ مِثلُه يُحترَزُ منه (والمرَضُ) ولو غيرَ مَخوفٍ ، نَعَم إنْ كان قَليلا كصُداعٍ يسيرٍ ففي الرَّدِّ به (٤) نَظَرٌ قاله السُّبْكِيُّ ثُم قال : وقال ابنُ يُونُسَ وابنُ الرِّفْعَةِ : إنَّ -
٥٨/٢ /المرَضَ وإنْ قَلَّ - عَيْبٌ ، وقال العِجْليُّ إنْ كان المرَضُ يزولُ بالمعالَجَةِ السَّريعَةِ فلا خيارَ كما لو غُصِبَ وأمكنَ البائعَ رَدُّه سَريعًا وهو حَسَنٌ انتهى .

(وكوْنُه) أيِ الرَّقيقِ (مَجْنونًا) ولو تقَطَّعَ جُنُونُه (أو مُخَبَّلا) بالموحَّدَةِ وهو مَن

---

(١) (قوله : فقد قال القاضي والبغَوِيُّ إلخ) في فتاوى القاضي حُسَيْنٍ اشترَى عبدًا فوجَدَه قد أبَقَ مَرَّةً أو مَرَّتَينِ ثم تابَ مُنذُ سِنينَ له يرُدُّه بالعيب لأنَّه عَيْبٌ حَصَلَ في ذاته كما لو زَنَى في يدِ البائعِ وتابَ لِلمُشتري أن يرُدَّه لأنَّ أثرَ الزِّنا لا يزولُ بالتوبةِ بدَليلِ أنَّه لو زَنَى في عُنفوانِ والأنفعِ وتابَ فبعدِ الكِبَرِ قَذَفٌ لا يُحَدُّ قاذفُه بخلافِ ما لو كان شِرِّيبًا أو مُقامِرًا في يدِ البائعِ وتابَ قال نُظِرَ إن كان مَضَى زَمانٌ لو كان حُرًّا قُبِلَتْ شَهادَتُه لا رَدَّ له ، وإلا فله الرَّدُّ بالعيب ت . قال في الرَّوضَةِ كأصلِها ونَصَّ الأصحابُ على أنَّه لو زَنَى مَرَّةً واحدَةً في يدِ البائعِ فلِلمُشتري الرَّدُّ وإن تابَ وحَسُنَتْ حالُه لأنَّ تُهمَةَ الزِّنا لا تزولُ ولهذا لا يعودُ حِصانُ الحُرِّ الزَّاني بالتوبةِ ، وكذلك الإباقُ والسَّرِقَةُ يكفي في كونهما عَيْبًا مَرَّةً واحدَةً . ا هـ . وقولُه في فتاوى القاضي ، وقولُه قال نَظَرَ أن مَضَى زَمانٌ أشارَ إلى أخرَمَ .

(فرعٌ) : لو اشترَى شيئًا ثم قال : إنه لا عَيْبَ فيه ثم وجَدَ به عَيْبًا فله رَدُّه به ولا يُمنَعُ .

(٢) (قوله : وقال المُتولِّي إنْ زادَتْ قِيمَةُ المبيعِ إلخ) الأصحُّ الرَّدُّ مُطلَقًا .

(٣) (قوله : واعتيادُ ابنِ سَبعٍ بَولِه بالفِراشِ) شَمِلَ ما لو اطَّلَعَ عليه بعدَ بُلوغِه .

(٤) (قوله : ففي الرَّدِّ نَظَرٌ) لا رَدَّ به لِعَدَمِ كونِه عَيْبًا .

في عَقلِه خَبَلٌ أيْ فسادٌ **(أو أبلهَ)** وهو مَن غَلَبَ عليه سَلامَةُ الصَّدرِ روي «أكثَرُ أهلِ الجنَّةِ البُلْه [١]» أيْ في أمرِ الدُّنيا لِقِلَّةِ اهتِمامِهم بها وهم أكياسٌ في أمرِ الآخِرَةِ **(أو أشَلَّ أو أقرَعُ)** وهو مَن ذَهَبَ شَعرُ رَأسِه بآفةٍ **(أو أصَمَّ)** [٢] وهو مَن لم يسمَع **(أو أعورَ)** وهو مَن ذَهَبَ بَصَرُ إحدَى عَينَيه **(أو أخفشَ)** وهو صَغيرُ العينِ ضَعيفُ البَصَرِ خِلقَةً ، ويُقالُ : هو مَن يُبصِرُ بالليلِ دون النَّهارِ وفي الغيمِ دون الصَّحوِ ، وكِلاهما عَيبٌ ذَكَرَه في الرَّوضَةِ هنا **(أو أجهَرَ)** وهو لا يُبصِرُ في الشمسِ **(أو أعشَى)** وهو مَن يُبصِرُ بالنَّهارِ دون الليلِ وفي الصَّحوِ دون الغيمِ والمرأةُ عَشواءُ **(أو أخشَمَ أو أبكمَ)** أيْ أخرَسَ **(أو أرَتَّ لا يفهَمُ)** [٣] كلامَه غيرُه **(أو فاقِدَ الذَّوقِ أو أَنْمُلَةٍ أو الظُّفرِ أو الشعرِ)** ولو عانَةً **(أو في رَقَبَتِه لا)** في **(ذِمَّتِه)** فقط **(دَيْنٌ أو)** بانَ كونُه **(مَبيعًا في جِنايةِ عَمدٍ لم يتُبْ منها)** فإنْ تابَ منها فوجهانِ في الأصلِ ، وقياسُ ما قَدَّمَه المصنفُ [٤] في السَّرِقَةِ والإباقِ أنَّه عَيبٌ أيضًا ، وقياسُ ما قَدَّمته أنَّه ليس بعَيبٍ [٥] ، وهو الأوجَه وكلامُ الزَّركشيّ يميلُ إليه وقولُ السُّبكيّ ومَن تبعَه ينبَغي أنْ يكونَ عَيبًا كالزِّنا فيه نَظَرٌ **(أو)** كونُه **(مُكثِرًا لجِنايةِ الخطَأِ)** بخِلافِ ما إذا قَلَّ .

قال الزَّركشيُّ : وكلامُ الماورديّ يقتضي أنَّ القَليلَ مَرَّةً والكثيرَ فوقَها **(أو له أُصبُعٌ زائِدَةٌ أو سِنٌّ شاغيةٌ)** بشينٍ وغينٍ مُعجَمَيْنِ أيْ زائِدَةٌ يُخالِفُ نَبتُها نَبتةَ بَقيَّةِ

---

(١) الحديث رواه القضاعي في مسند الشهاب (١١٠/٢) ، ورواه البيهقي في شعب الإيمان (١٢٥/٢) حديث (١٣٦٦) .بإسناده عن جابر مرفوعاً ، ثم قال : و الحديث بهذا الإسناد منكر . وأورده القاري في الموضوعات ، وقال : رواه البزار مُضعفًا والقرطبي مصححًا . وأورده العجلوني في كشف الخفاء (١٨٦/١) ونقل عن ابن عدي إنه منكر . قلت رواه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٣١٣/٣) . وانظر ميزان الاعتدال (٢٦١/٣) .

(٢) (قوله : أو أصَمَّ) ولو في أحدٍ من الأُذُنَيْنِ .

(٣) (قوله : أو أرَتَّ لا يفهَمُ) أو ألثغَ أو تمتامًا .

(٤) (قوله : وقِياسُ ما قَدَّمَه المُصَنِّفُ إلخ) قال الأذرَعيُّ الأشبَه أنَّها عَيبٌ مُطلَقًا ولا سيَّما إذا كانت قَتلا أو قد تكَرَّرَتْ منه ، والتوبةُ غيرُ وطءٍ ولا يوثَقُ بها عُزي القتلِ عنه لا تزولُ وإنْ تابَ كالزِّنا وأولى ثم رَأيت السُّبكيَّ قد قال في شرحِ المُهذَّب قُلت : ينبَغي أن يكونَ عَيبًا مُطلَقًا كالسَّرِقَةِ والزِّنا وقد حَكاه صاحِبُ الاستقصاءِ . ا هـ . وهذا حَقٌّ .

(٥) (قوله : وقِياسُ ما قَدَّمته أنَّه ليس بعَيبٍ) أي وجَزَمَ به في الأنوارِ والأصحُّ الأوَّلُ .

الأسنانِ (أو) سِنٌّ (مَقلُوعَةٌ) لا لِكِبَرٍ (أو به قُروحٌ [(١)] أو ثآليلُ كثيرَةٌ) بالمثَلَّثةِ والمدِّ جَمعُ ثُألُولَةٍ (أو) كونُه (أبهَقَ) من البَهَقِ وهو بَياضٌ يعتري الجِلْدَ يخالِفُ لونَه وليس من البَرَصِ ، فعُلِمَ منه حُكمُ البَرَصِ والجُذامِ كما عُلِمَ من المرَضِ ، ومن الضَّابطِ الآتي (أو أبيضَ الشعرِ في غيرِ سِنِّه [(٢)] ولا تضرُّ حُمرَتُه) والظَّاهرُ أنَّه تضرُّ خُضرَتُه قال الرُّويانيُّ أو كونُه أعسَرَ ، وفَصَّلَ ابنُ الصَّلاحِ فقال [(٣)] : إنْ كان أضبَطَ وهو الذي يعمَلُ بيدَيه مَعًا فليس بعَيبٍ لأنَّ ذلك زائِدَةٌ في القوَّةِ وإلا فهو عَيبٌ ، وما قاله مُتعَيِّنٌ (ومنها كونُه) أي الرَّقيقِ (نَمَّامًا) [(٤)] أو كذَّابًا [(٥)] (أو ساحِرًا أو قاذِفًا للمُحصَناتِ أو مُقامِرًا أو تارِكًا لِلصَّلاةِ) [(٦)] قال الزَّركشيُّ : وينبَغي [(٧)] اعتِبارُ تركِ ما يُقتلُ به منها (أو شارِبًا لِخَمرٍ) [(٨)] أو نحوِه مِمَّا يُسكِرُ ، وإنْ لم يسكر بشُربه قال الزَّركشيُّ : وينبَغي [(٩)] أنْ يكونَ مَحَلُّه في المسلِمِ دون مَن يُعتادُ ذلك من الكُفَّارِ فإنَّه غالِبٌ فيهم ، وفيما قاله نَظَرٌ [(١٠)] (أو مُزَوَّجًا [(١١)] أو خُنثَى مُشكِلا أو واضِحًا أو مُخَنَّثًا) بفتحِ النُّونِ وكسرِها وهو أفصَحُ والفتحُ أشهَرُ ، وهو الذي تُشبه حَرَكاتُه حَرَكاتِ النِّساءِ خُلُقًا أو تخَلُّقًا (أو مُمَكِّنًا من نفسِه) وإن كان صَغيرًا لأنَّه يعتادُه ويألَفُه ، وهذا يُغني عنه كونُه زانيًا (أو مُرتدًّا) .

---

(١) (قوله : أو به قُروحٌ) أي أو جَرَبٍ أو بسِمَنٍ أو سُعالٍ أو وشمٍ أو خَرمٍ في أنفٍ أو أُذُنٍ .

(٢) (قوله : في غيرِ سِنِّه) وهو أربَعونَ سَنَةً .

(٣) (قوله : وفصَلَ ابنُ الصَّلاحِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : ومنها كونُه نَمَّامًا) قال شيخُنا صيغَةُ المُبالَغَةِ في النَّمامِ ليست بقَيدٍ وقَذفُ المُحصَنات ليس بقَيدٍ أيضًا ، فمُطلَقُ القذفِ كافٍ في ثُبوتِ الرَّدِّ به .

(٥) (قوله : أو كذَّابًا) أي أو شتَّامًا أو آكِلَ الطِّينِ .

(٦) (قوله : أو تارِكًا لِلصَّلاةِ) في الرَّدِّ بتركِ الصَّلاةِ نَظَرٌ ، ولا سيَّما مَن قَرُبَ عَهدُه ببُلوغٍ أو إسلامٍ إذ الغالِبُ عليهم التركُ ، ولا سيَّما الإماءُ بل هو الغالِبُ في بلادِ الإسلامِ ، وقَضيَّةُ الضَّابطِ أنْ يكونَ الأصحُّ مَنعَ الرَّدِّ ف و .

(٧) (قوله : قال الزَّركَشيُّ وينبَغي إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : أو شارِبًا لخمر) مِثلُه البنجُ والحشيشُ .

(٩) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) أي كالأذرَعيِّ وينبَغي أن يكونَ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه أيضًا .

(١٠) (قوله : وفيما قاله نَظَرٌ) ما قاله مَأخوذٌ من ضابطِ العيبِ .

(١١) (قوله : أو مُزَوَّجًا) قال البغَويّ : ولو عَلِمَ أنَّ العبدَ مُتزَوِّجٌ لكن لَم يعلَم أنَّ عليه ترادٍ أو لَم يعلَم قدرَه فله الرَّدُّ .

قال في الكِفايةِ : فإنْ تابَ قبلَ العِلْمِ فقيلَ عَيْبٌ [١] ، والمذهَبُ المنعُ قال السُّبكيُّ : الأولى ما قاله الماورديُّ إنَّه عَيْبٌ ، وتبعَه الأذْرَعيُّ ، قُلْت : والأولُ أوْجَهُ [٢] وأوفقُ بالمنقولِ في نَظائِرِه ، لأنَّ التوبَةَ تجُبُّ ما قبلها ، وإنَّما خولِف في الزِّنا لِما مَرَّ فيه **(أو كونُها)** أيِ الأمَةِ **(رَتْقاءَ أو قَرْناءَ أو مُستحاضَةً** [٣] **أو يتطاولُ طُهْرُها)** فوقَ العادَةِ الغالِبَةِ **(أو لا تحيضُ وهي في سِنِّه)** أيِ الحيْضِ **(غالِبًا)** بأنْ بَلَغَتْ عِشرينَ سَنَةً قاله القاضي ، لأنَّ ذلك إنَّما يكونُ لِعِلَّةٍ **(أو مُزَوَّجَةً)** هذا يُغْني عنه قولُه فيما مَرَّ مُزَوَّجًا **(أو حامِلا)** لأنَّه يخافُ من هَلاكِها بالوضعِ **(لا في البَهائِمِ)** [٤] إذا لم تنقُصْ بالحملِ فليس عَيْبًا فيها ، لأنَّ الغالِبَ فيها السَّلامَةُ **(أو مُعتدَّةً)** قال الزَّركشيُّ : قال الجيليُّ إلا أنْ تكونَ مُحَرَّمَةً عليه بنَسَبٍ أو رَضاعٍ أو مُصاهَرَةٍ قال وفيما قاله نَظَرٌ [٥] **(أو مُحرِمَةً /بإذْنٍ)** من البائِعِ بخِلافِ المحرِمَةِ بلا ٥٩/٢
إذْنٍ ، لأنَّ له تحليلها كالبائِعِ [٦] وكالمحرِمَةِ ولو قال أو مُحرِمًا قَبلَ قولِه أو كونِها لَشَمِلهما **(وكذا كُفْرُ رَقيقٍ لم يُجاوِره كُفَّارٌ)** كأنْ يكونَ ببلادِ الإسلامِ فهو عَيْبٌ **(لِقِلَّةِ الرَّغْبَةِ فيه)** فإنْ جاوره كُفَّارٌ فليس بعَيْبٍ **(أو كافِرَةً كُفْرُها يُحَرِّمُ الوطءَ)** كوثَنيَّةٍ أو مجوسيَّةٍ **(واصطِكاكُ الكعبينِ وانقِلابُ القَدَمَيْنِ إلى الوحشيِّ)** بحاءٍ مُهْمَلَةٍ وشينٍ مُعجمَةٍ وباءٍ مُشَدَّدَةٍ هو ظَهْرُ الرِّجْلِ واليدُ ، ويُقالُ للجانِبِ الأيْمَنِ أو الأيْسَرِ وكِلاهما عَيْبٌ **(وسوادُ الأسنانِ)** ، وكذا خُضرَتُها [٧] وزُرقَتُها وحُمرَتُها فيما

---

(١) (قوله : فقيلَ عَيْبٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : والأوَّلُ أوجَه) قال شيخُنا وهو قولُه والمذهَبُ المنعُ .

(٣) (قوله : أو مُستحاضَةً) أي أو مُتغيِّرٌ رائِحَةُ فرجِها .

(٤) (قوله : لا في البهائِمِ إلخ) بهذا التفصيلِ أجابَ في المجموعِ في كفَّارَةِ الإحرامِ والزَّكاةِ وَعَزاهُ لِلأصحابِ والمُتَّجَه أنَّ ما يُقصَدُ لِلنِّتاجِ وتزيدُ قِيمَتُه بحَمْلِه كالغنَمِ وأكثرِ الخيْلِ والإبلِ والبقَرِ ، فالقطعُ بأنَّه ليس بعَيْبٍ فيها بل زيادَةُ فضيلَةٍ وماليَّةٍ نَعَم قد يكونُ نَقصًا في بعضِ الحيوانِ كالناقَةِ بعُدوانِ الغنَمِ التي تعلو قِيمَتُها انحِسارَ سَيْرِها .

(٥) (قوله : وفيما قاله نَظَرٌ) يرُدُّ ما قاله الجيليُّ ما سَيأتي في الفرقِ بين كونِها مُحَرَّمًا له وكونِها مُعتدَّةً ، ولأنَّه قد يُريدُ بَيْعَها فلا يرغَبُ فيها أو تزويجَها فلا يُمكِنُه ذلك مع القُدرَةِ لا سيَّما إذا طالَتْ فالوجه ما أطلَقَه الأصحابُ .

(٦) (قوله : لأنَّ له تحليلها كالبائِعِ) قال البُلقينيُّ : الصَّوابُ بمُقتضى نَصِّ الشافِعيِّ ثُبوتُ الخيارِ ، وشَمِلَ إطلاقُ المُصَنِّفِ الرَّدَّ بالإحرامِ ما قَلَّ زَمَنُه وهو كذلك .

(٧) (قوله : وكذا خُضرَتُها إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

يظهَرُ (وتراكُمِ الوسَخِ الفاحِشِ في أُصولِها) عِبارَةُ الأصلِ : والحفرُ في الأسنانِ ، وهو تراكُمُ الوسَخِ الفاحِشِ في أُصولِها . قال الزَّركشيُّ : والذي في الصَّحَّاحِ الحفرُ بالتحريكِ فسادُ أُصولِ الأسنانِ ، وهذا هو الظَّاهرُ لأنَّ الوسَخَ يُمكِنُ إزالَتُه انتهى . وهو حَسَنٌ إلا في ضَبْطِ الحفرِ ففيه في الصَّحَّاحِ التسكينُ أيضًا ، واقتضَى كلامُه أنَّه الكثرُ ، (والكلَفُ) بفتحِ الكافِ واللامِ (المغَيِّرُ للبَشرَةِ) قال في الصَّحَّاحِ : الكلَف شيءٌ يعلُو الوجهَ كالسِّمسِمِ والكلَفُ لونٌ بين السَّوادِ والحُمرَةِ ، وهي حُمرَةٌ كدِرَةٌ تعلُو الوجهَ انتهى . وكِلاهما عَيْبٌ ، (وذهابُ الأشفارِ) من الأمَةِ (وكِبَرُ أحدِ ثَدْيَيها والخيلانُ الكثيرَة) بكسرِ الخاءِ جَمْعُ : خالٍ وهو الشامَةُ (وآثارِ الشِّجاجِ والقُروحِ والكيِّ الشائِنَةِ) بتقديمِ الياءِ على النُّونِ من شانَه يشينُه ، وهذا القَيْدُ من زيادَتِه (فإنْ قَطَعَ من فخِذِه أو ساقِه قِطعَةً يسيرَةً ولم يُورِث شَيْئًا) ولم يُفوِّتْ غَرَضًا (لم يضُرَّ) وإلا ضَرَّ (وكونُ الدّابَّةِ جَمُوحًا) أيْ تمتنِعُ على راكِبِها (أو عَضوضًا أو رَمُوحًا) أو نُفورًا [١] (أو تشرَبُ لبَنَها) قال الأذرَعيُّ : أو لَبَنَ غيرِها (أو) تكونُ بحَيْثُ (تُسقِطُ راكِبَها) بأنْ يخاف منها سُقوطَه (بخُشونَةِ المشيِ أو) كونُها (دَرْدَاءَ) بوزنِ صَحراءَ أيْ ساقِطَةَ الأسنانِ (لا لِكِبَرٍ أو قَليلَةِ الأكلِ [٢]) ، و) من العُيُوب (اختِصاصُ الدّارِ بنُزولِ الجُنْدِ) فيها بخِلافِ ما إذا كان ما حَوْلها بمَثابَتِها (ومُجاوِرَةِ قَصَّارينَ) لها (يُؤْذونَ) ها (بالدَّقِّ [٣] أو يُزَعزِعونَها) [٤] عِبارَةُ الأصلِ ويُزَعزِعونَ الأبنيةَ فتعبيرُ المصنفِ بأو يُفيدُ أنَّ كِلاهما عَيْبٌ وهو حَسَنٌ .

(و) منها أنْ تظهَرَ (الضَّيْعَةُ) مُتَّصِفةً (بثِقَلِ الخراجِ فوقَ العادَةِ) في أمثالِها وإنْ كُنَّا لا نَرَى أصلَ الخراجِ في تِلْك البلادِ [٥] لِقِلَّةِ الرَّغَباتِ فيها ، (و) منها أنْ

---

(١) (قوله : أو نُفورًا) أي بأنْ كانتْ ترهَبُ من كُلِّ شيءٍ تراه وراؤَها.

(٢) (قوله : أو قَليلَةُ الأكلِ) أي أو مَقطوعَةُ الأُذُنِ بقدرِ ما يمنَعُ التضحيةَ .

(٣) (قوله : يُؤْذنُ بالدَّقِّ) عِبارَتُه صادِقَةٌ يتأذَّى سُكَّانُها به فقَطْ مِثلُه ما إذا أظهَرَ بقُربِها دُخَّانٌ من نحوِ حَمَّامٍ .

(٤) (قوله : أو يُزَعزِعونَها) أو على سَطحِها ميزابُ رَجُلٍ أو مَدفونٌ فيها مَيِّتٌ أو ظَهَرَتْ قُبالَةٌ بوقفِها وعليها خُطوطُ المُتقَدِّمينَ وليس في الحالِ مَن يشهَدُ به إلا أنْ يعلَمَ أنَّها مُزَوَّرَةٌ ، وذكرَ بعضُهم أنَّ الشُّيوعَ بين الناسِ بوقفيَّتِها عَيْبٌ ، وهو ظاهرٌ لأنَّه يُنْقِصُ القِيمَةَ .

(٥) (قوله : وإنْ كُنَّا لا نَرَى أصلَ الخراجِ في تلك البلادِ) إنْ قِيلَ كيف صَحَّ بَيْعُ الأرضِ الخراجيَّةِ ؟ وجَوابُه ما حَكاه الرَّافِعِيُّ في زَكاةِ النباتِ عن بعضِهم أنَّه يجوزُ أنْ يُقال : الظَّاهرُ أنَّ ....=

تكونَ بقُرب الأرضِ (قُرودٌ تُفسِدُ الزَّرعَ ولا أثرَ لِظَنِّـه سَلامَتها) أيِ الأرضِ (من خَراجٍ مُعتادٍ) بأنْ ظَنَّ أنْ لا خَراجَ عليها أو أنَّ عليها خَراجًا دون خَراجِ أمثالِها ثُم تبـيَّنَ عَدَمُ سَلامَتِها من ذلك لأنَّه مُقصِّرٌ بعَدَمِ البَحثِ ، أمَّا إذا زادَ على عادَةِ أمثالِها فله كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ (و) منا (نَجاسَةُ ما ينقُصُ بالغُسلِ) قال الأذرَعيُّ أو كان لِغَسلِه مُؤنَةٌ (١) ، كما لو اشترَى بُسُطًا كثيرَةً فوجَدَها مُتنَجِّسَةً لا تُغسَلُ إلا بإجارَةٍ لها وقَعَ (وتشميسُ الماءِ) لِقِلَّةِ الرَّغَباتِ فيه قال الزَّركشيُّ : وهو قَوِيٌّ إذا قُلنا بعَدَمِ زَوالِ الكَراهَةِ فيه إذا بَرَدَ قال : وعلى قياسِه فالمستعمَلُ إذا بَلَغَ قُلَّتينِ كذلك بل أولى لِلاختِلافِ في عَوْدِ طَهوريَّتِه ، ولأنَّ النَّفْسَ تعافُه ، وكذا الماءُ إذا وقَعَ فيه ما لا نفسَ له سائِلَةً وغيرَه من المختلَفِ فيه (ووُجودُ رَملٍ في باطِنِ أرضِ البناءِ) أيِ المطلُوبَةِ له (وأحجارٍ) مخلُوقَةٍ (في باطِنِ أرضِ الزِّراعَةِ والغِراسِ) أيِ المطلُوبَةِ لهما إذا كانتِ الحِجارَةُ بحَيْثُ تضرِبُهما بأنْ تكونَ قَريبَةً من وجه الأرضِ ، وقَضيَّةُ كلامِه كأَصْلِه أنَّها إذا أضَرَّتْ بأحدِهما لا تكونُ عَيبًا ، والذي ذَكرَه القاضي أبو الطَّيِّب والبَنْدَنيجيّ وغيرُهما (٢) أنَّه عَيبٌ فيما إذا أضَرَّتْ بالغِراسِ دون الزِّراعَةِ ويُقاسُ به عَكسُه .

أمَّا المدفونَةُ فإنْ أمكنَ قَلعُها عن قُربٍ بحَيْثُ لا تمضي مُدَّةٌ يكونُ لِمِثلِها أُجرَةٌ فليس بعَيبٍ وإلا فعَيبٌ (والحُموضَةُ في البطِّيخِ إلا الرُّمَّانَ عَيبٌ) لأنَّها لا تُطلَبُ في البطِّيخِ أصلا / وتُطلَبُ في الرُّمَّانِ كما يُطلَبُ فيه الحُلْوُ قال الأذرَعيُّ : والمرادُ أنَّها ٢/٦٠

= اليدَ لِلمِلكِ ، والظَّاهرُ أنَّ الخراجَ ما ضُرِبَ إلا بحَقٍّ فلا يترُكُ أحدَ الظَّاهرَينِ لِلآخَرِ .

(فرعٌ) : لو اشترَى بُستانًا فألزَمَه المتولِّي أن يصيرَ فلاحًا ثَبَت له الخيارُ إن كان البُستانُ مَعروفًا بذلك وإلا فلا أفتى به النوويُّ ، واستشهَدَ بمَسألَةِ الدَّارِ المعروفةِ بمَنزِلِ الجُنْدِ ، وقال : لأنَّ الخيارَ يثبُتُ بكُلِّ ما نَقَصَ العينَ أو القِيمَةَ أو الرَّغبَةَ . ا هـ .

(١) (قوله : قال الأذرَعيُّ أو كان لِغَسلِه مُؤنَةٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(تنبيهٌ) : قال الأذرَعيُّ : لو باعَ الطَّاهرَ من الأواني بالاجتهادِ لَزِمَه إعلامُ المشتري به فإن كتَمه فوجهانِ في البحرِ ، ويجبُ طَردُهما في غيرِ الماءِ مِمَّا مُستنَدُ طَهارَته ذلك والأشبَه ثُبوتُ الخيارِ ، ولو اشترَى عبدًا فقَطَعَ ابنُه يدَه قبلَ قبضِه ثم مات المشتري وورِثَه ابنُه القاطعُ ثَبَت له الخيارُ فإن فسَخَ لَزِمَه نِصْفُ القِيمَةِ واستَرَدَّ نِصْفَ الثمَنِ ، وقولُه قال الأذرَعيُّ : إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (وقولُه والذي ذكرَه القاضي أبو الطَّيِّب والبَنْدَنيجيّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

تخرجُ من نَوعِ الحـامِضِ ، أمَّـا الخارِجَةُ من الحُلوِ فعَيبٌ كـالبطِّيخِ (١) ، وقولُ المصنفِ عَيبٌ إيضاحٌ .

(فرعٌ : لا رَدَّ بكـونِ الرَّقيقِ رَطبَ الكـلامِ أو غَليظَ الصَّوتِ أو) بكونِه (يُعتقُ على الموكِّلِ) للمُشتري لأنَّه إنَّما يُعتقُ عليه بعدَ دُخولِه في مِلكِه ، وعِبارَةُ الأصلِ يُعتقُ على المشتري ، وعِبارَةُ المصنفِ أولى وأولى منهما مَعًا أن يُقال يُعتقُ على مَن وقعَ له العقدُ فيشمَلُ الموكِّلَ والمشتري لِنفسِه ، (أو) بكونِه (سيِّئَ الأدَب أو) بكونِه (ولَدَ زِنًا أو مُغنِّيًا) أو زامِرًا أو عارِفًا بالضَّرب بالعودِ (أو حَجَّامًا أو أكُولا أو قَليلَ الأكـلِ) (٢) بخِلافِ قِلَّةِ أكـلِ الدّابَّةِ كما مَرَّ ، قـال الأذرَعيُّ : ولا يتَّضِحُ بينهما فرقٌ فكما تُؤَثِّرُ قِلَّةُ أكلِها في قوَّتِها وعَمَلِها كذلك قِلَّةُ أكلِه انتهى . وقد يُفرَّقُ لأنَّ قِلَّةَ الأكـلِ محمُودَةٌ (٣) في الآدَميِّ شرعًا وعُرفًا بخِلافِه في الدّابَّـةِ (ولا بكونِهـا ثيِّبًا إلا في غيرِ أوانِها) أيْ أوانِ ثُيوبَتِها بأنْ كـانت صَغيرَةً يُعهَـدُ في مِثلِها البَكارَةُ (ولا) بكونِها (عَقيمًا) أيْ لا تحمِلُ (ولا بكونِ العبدِ عِنِّينًا) أيْ عاجِزًا عن الوطءِ لِضَعفٍ يمنعُ الانتِشارَ ، ولا بكونِها مُحرَمًا للمُشتري بخِلافِ المعتدَّةِ ، لأنَّ التحريمَ ثَمَّ عامٌّ فيُقَلِّلُ الرَّغبَةَ بخِلافِه هنا ، ولا بكونِها صائِمَةً لأنَّ الصَّومَ لا يمنَعُ من الخِدمَةِ بخِلافِ الإحرامِ فإنَّ أعماله تمنَعُ من ذلك ، وهذانِ الحُكمانِ ذكَرهما الأصلُ قال الرُّويانيُّ : ولا رَدَّ بكونِ العبدِ فاسِقًا بالإجماعِ ، قال السُّبكيُّ : وهو مُقيَّدٌ (٤) بفِسقٍ لا بكونِ سَبَبه عَيبًا .

(وليس عَدَمُ الخِتانِ عَيبًا إلا في عبدٍ كبيرٍ) فيكونُ عَيبًا فيه (خَوفًا عليه) من الخِتانِ (٥) بخِلافِه في الأمَةِ الكبيرَةِ ، لأنَّ خِتانَها سَليمٌ لا يخافُ عليها منه ، وعِبارَةُ الأصلِ ولا بكونِ الأمَةِ مجنُونَةً ولا بكونِ العبدِ مختونًا أو غيرَ مختونٍ إلا إذا كـان كبيرًا يخافُ عليه من الخِتانِ انتهى . وضَبَطَ البَنْدَنيجيُّ والرُّويانيُّ الصِّغَرَ هنا بسَبعِ سِنينَ فأقَلَّ ، وغيرُه بأنْ يكونَ مختونًا في العادَةِ قال الأذرَعيُّ : وهذا أحسَنُ

---

(١) (قوله : فعَيبٌ كالبطِّيخ) مُقتضَى التعليلِ عَدَمُ الفرقِ .

(٢) (قوله : أو قَليلَ الأكلِ) أي أو أصلَعَ أو تعَيًّا .

(٣) (قوله : وقد يُفرَّقُ لأنَّ قِلَّةَ الأكلِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال السُّبكيُّ : وهو مُقَيَّدٌ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : خَوفًا عليه من الختانِ) أو إنْ كان لا يراه كأكثرِ النصارَى .

وكلامُ كثيرٍ يُفهِمُ ضَبطَه بعَدَمِ البُلُوغِ وهذا هو الظَّاهرُ (١) .

(ولو ظَنَّ) المشتري (البائعَ مالِكًا فبانَ وكيلا ونَحوه) كوليٍّ أو وصيٍّ (٢) (لم يرُدَّ) ولا نَظَرَ إلى خَطَرِ فسادِ النِّيابَةِ ، ومن العُيُوب ظُهورُ مَكْتوبٍ بوقفيَّةِ المبيعِ (٣) ولم يثبُتْ وكذا شُيُوعُها بين النَّاسِ ، وشَقُّ أُذُنِ الشاةِ إنْ مَنَعَ الإجزاءَ في الأُضحيَّةِ ولا مَطمع في استيفاءِ العُيُوب المثبتةِ لِلرَّدِّ . (و) لكنَّ (الضَّابطَ) (٤) الجامِعَ لها (أنَّ الرَّدَّ يثبُتُ بكُلِّ ما يُنْقِصُ العيْنَ (٥) أو القيمَةَ تنقيصًا يفوتُ به غَرَضٌ صَحيحٌ (٦) ، والغالِبُ في أمثالِه) أي المبيعِ (عَدَمُه) إذ الغالِبُ في الأعيانِ السَّلامَةُ ، فبَذْلُ المالِ يكونُ في مُقابَلَةِ السَّليمِ فإذا بانَ العيْبُ وجَبَ التمَكُّنُ من التدارُكِ ، واحترَزَ بقولِه يفوتُ به غَرَضٌ صَحيحٌ عن قَطعِ أُصْبُعٍ زائِدَةٍ وفِلْقَةٍ يسيرَةٍ من فخِذِه أو ساقِه لا يُورِثُ شَيْئًا ولا يُفوِّتُ غَرَضًا (٧) فلا رَدَّ به كما مَرَّ بقولِه : والغالِبُ إلى آخِرِه عَمَّا لا يغْلِبُ فيه ذلك كقلعِ السِّنِّ في الكِبَرِ والثُّيُوبَةِ في أوانِها في الأمَةِ وإنْ نَقَصَتِ القيمَةُ بذلك فلا رَدَّ بشيءٍ منه كما مَرَّ ، وقولُه يُنَقِّصُ بالتشديدِ بوزنِ يُكلِّمُ بقَرينَةِ المصْدرِ ، وهي لُغَةٌ قليلَةٌ والفصيحُ يُنْقِصُ بالتخفيفِ قال تعالى : ﴿ثُم لم يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا﴾ [التوبة :٤] .

---

(١) (قولـه : وهذا هو الظَّاهرُ) ليس هـذا باختلافٍ إذ المُعتبَرُ كِبَرٌ يخافُ من الختانِ فيه ، قال الأذْرَعيُّ : هَكذا أطْلَقَه وينْبَغِي أنْ يكونَ مَحَلُّه فيما إذا كان مِمَّنْ يُختتنُ فأمَّا إذا كان من قوم لا يرونَه كأكثرِ النصارَى والتُّركِ وغيرِهم فلا إلا أنْ يكونَ قد تقادَمَ إسلامُه أو نَشَأ التُّركيُّ ببَلَدِ الإسلام . ا هـ . الأصحُّ الإطْلاقُ .

(٢) (قوله : كوليٍّ أو وصيٍّ) أي أو مُلتقِطٍ .

(٣) (قوله : ظُهورُ مَكْتوبٍ بوقفيَّةِ المبيعِ إلخ) أي إلا أنْ يعلَمَ أنَّه مُزَوَّرٌ قاله الرُّويانيُّ وغيرُه ، وقولُه قاله الرُّويانيُّ أشارَ إلى تصحيحِه ، وقال شيخُنا : أي ولَمْ يحْصُل بسَبَبِه نَقصٌ .

(٤) (قوله : ولكنَّ الضَّابطَ إلخ) يُستثنَى من ذلك المُفْلِسُ إذا كانت الغِبطَةُ في الإمساكِ ، وكذلك الوليُّ وكذا في القِراضِ إذا تنازَعا وصورَةُ الوكيلِ إذا رَضيه الموكِّلُ فليس لِلوكيلِ الرَّدُّ .

(٥) (قوله : أنَّ الرَّدَّ يثْبُتُ بكُلِّ ما يُنْقِصُ العيْنَ إلخ) الصَّوابُ في التعبيرِ أنْ يُقال : يثْبُتُ الرَّدُّ بكُلِّ ما يُنْقِصُ القِيمَةَ نَقصًا لا يتغابَنُ بمِثْلِه أو العيْنَ نَقصًا يفوتُ به غَرَضٌ صحيحٌ إذا كان الغالِبُ في جِنْسِ المبيعِ عَدَمَه ت ر .

(٦) (قوله : يفوتُ به غَرَضٌ صحيحٌ) يصِحُّ عَودُه إلى العيْنِ أو القيمَةِ .

(٧) (قوله : ولا يُفوِّتُ غَرَضًا) وعَدَمُ نَبات عانَةِ الأمَةِ لأنَّه مَطلوبٌ يُتداوى لـه قال شيخُنا أي ولَم يكُنْ بسَبَب ضعفِ البشَرَةِ .

(قاعِدَةٌ) العيبُ سِتَّةُ أقسامٍ في البيعِ والزَّكاةِ والغُرَّةِ والصَّداقِ إذا لم يُفارِقِ قبلَ الدُّخولِ ما مَرَّ ، وفي الكفَّارَةِ ما أضَرَّ بالعمَلِ إضرارًا بَيِّنًا ، وفي الأضحيَّةِ والهَدْيِ والعقيقَةُ ما نَقَصَ اللحمَ ، وفي النِّكاحِ ما نَفَّرَ عن الوطءِ كما هو مُبَيَّنٌ في مَحَلِّه ، وفي الصَّداقِ إذا فارَقَ قبلَ الدُّخولِ ما فات به غَرَضٌ صَحيحٌ سواءٌ أكان الغالِبُ في أمثالِه عَدَمَه أم لا ، وفي الإجارَةِ ما يُؤَثِّرُ في المنفعَةِ (١) تأثيرًا يظهَرُ به تفاوُتٌ في الأُجرَةِ قال الدّميريّ : وينبَغي أنْ يُزادَ عَيبُ المرهونِ ، فالظَّاهرُ أنَّه ما نَقَصَ القيمَةَ فقط .

(فصلٌ : إنَّما يثبُتُ الرَّدُّ) للمَبيعِ (بعَيبٍ وُجِدَ قبلَ البيعِ) بالإجماعِ (٢) (أو) بعدَه وقبلَ (القبضِ) أو بعدَه واستنَدَ إلى سَبَبٍ سابقٍ كما سيأتي ؛ لأنَّ المبيعَ حينَئِذٍ من ضَمانِ البائعِ بخِلافِ ما إذا وُجِدَ بعدَه ولم يستنِدْ إلى ما ذُكِرَ ، قال ابنُ الرِّفعَةِ (٣) ومَحَلُّه بعدَ لُزومِ العقْدِ ، أمَّا قبله فالقياسُ بناؤُه على ما لو تلِفَ
٦١/٢ حينَئِذٍ / هل ينفسِخ ؟ والأرجَحُ على ما قاله الرَّافعيُّ : إنْ قُلْنا المِلْكُ للبائعِ انفسَخَ وإلا فلا فإنْ قُلْنا ينفسِخُ ، فحُدوثُه كوُجودِه قبلَ القبضِ (٤) .

(فالمرتدُّ يصِحُّ بيعُه) كالمريضِ المشرِفِ على الهَلاكِ (كذا المتحَتِّمُ قَتْلُه بالمحارَبَةِ) بأنْ لم يتُبْ أو تابَ بعدَ الظَّفَرِ به يصِحُّ بيعُه كالمرتدِّ (ولا قيمَةَ على مُتْلِفِهما) لاستِحقاقِهما القَتْلَ ، والثّانيةُ نَقَلها الشيخانِ عن القفَّالِ ، ولعَلَّه بناها على أنَّ المغَلَّبَ في قَتْلِ المحارِب معنى الحدِّ لكنَّ الصَّحيحَ أنَّ المغَلَّبَ فيه معنى القِصاصِ ، وأنَّه لو قَتله غيرُ الإمامِ بغيرِ إذْنِه لَزِمَه ديتُه ، وقَضيَّتُه أنَّه يلزَمُ قاتِلَ

---

(١) (قوله : وفي الإجارَةِ ما يُؤَثِّرُ في المنفعَةِ إلخ) سَيأتي في كِتاب الإجارَةِ عن الأذْرَعيِّ وغيرِه ما يُخالِفُه .

(فرعٌ) : لو اشترَى عبدًا كاتبًا أو مُتَّصِفًا بصِفةٍ تُزيدُ في قِيمَته ثم زالَت الصِّفةُ بنِسيانٍ أو غيرِه في يدِ البائعِ ثَبَت لِلمُشتري الخيارُ ، وإنْ لَم يكُنْ فواتُها عَيبًا قبلَ وُجودِها قال ابنُ الرِّفْعَةِ : وهذا لا شَكَّ فيه ف و .

(٢) (قوله : بالإجماعِ) شَمِلَ ما اشتراه الوليُّ لِموليِّه بعَيْنِ مالِه .

(٣) (قوله : قال ابنُ الرِّفعَة) أي والسُّبكيُّ وغيرُهما .

(٤) (قوله : فحُدوثُه كوُجودِه قبلَ القبضِ) وبه صَرَّحَ الماورديُّ عندَ الكلامِ في وضعِ الحوائجِ عن ابنِ أبي هرَيْرَةَ لأنَّ مَن ضَمِنَ الكُلَّ ضَمِنَ الجُزْءَ .

العبدِ المحارَب قيمَتُه لِمالِكِه ، نَبَّهَ على ذلك الأذرَعيُّ (١) مع أنَّ الحُكمَ لا ينحَصِرُ فيه المرتدُّ بل يجْري في غيرِهما كتارِكِ الصَّلاةِ والصَّائِلِ والزَّاني المحصَنِ (٢) ، بأنْ زَنَى ذِمِّيٌّ ثُم التحَقَ بدارِ الحرب ثُم استُرِقَّ فيصِحُّ بيعُهم ولا قيمَةَ على مُتلِفِهم .

وخرج بالإتْلافِ ما لو غَصَبَ إنسانٌ المرتدَّ مَثَلا فتلِف عندَه فإنَّه يضمَنُه لِتعَدِّيه على مالِ غيرِه ، وإنَّما لم يضمَنْ بالقَتْلِ ؛ لأنَّ قَتله في حُكْمِ إقامَةِ الحدِّ فمَن ابتدرَ قَتْله من المسلِمينَ كان مُقيماً حدَّ الله تعالى ، وهذا يُمَثَّلُ بعبدٍ مَغصوبٍ في يدِ الغاصِب يقولُ له مَوْلاه اقتُلْه فلو قَتله لم يضمَنْه ، ولو تلِف في يدِه ضَمِنَه جَزَمَ بذلك الإسنَوِيُّ ، ونقَله عن الإمامِ عن الشيخِ أبي عَليٍّ (٣) قال ابنُ العِمادِ : فلو قَتله الغاصِبُ فينبَغِي أنَّه إنْ قَتله لا على وجه الحدِّ ضَمِنَه وإلا فلا انتهى .

والأوجَه أنَّه ضَامِنٌ مُطلَقًا لِما مَرَّ أنَّه مُستحِقٌّ القَتْلَ وإلا فليُقتَلْ بِمثلِ ذلك في غيرِ الغاصِب ، نَعَم ينبَغِي في تعَدِّي الغاصِب بوضعِ يدِه أنَّه يجِبُ عليه أُجرَةُ المِثلِ إذا مَضَتْ مُدَّةٌ لِمثلِها أُجرَةٌ ، وكما يصِحُّ بيعُ المرتدِّ والمتحَتِّمِ قَتله بالمحارَبَةِ يصِحُّ بيعُ الجاني المتعَلِّقِ برَقَبَتِه قِصاصٌ كما مَرَّ . **(فلو اشتراها)** شَخصٌ **(أو اشترَى الجاني** (٤) **فقُتِلُوا)** أي الثلاثةُ بالرِّدَّةِ والمحارَبَةِ والقِصاصِ **(في يدِ المشتري فإنْ كان جاهلا)** بها **(انفسَخَ)** البيعُ قُبيلَ القَتلِ **(واستَرَدَّ)** المشتري **(جَميعَ الثَمَنِ ومُؤْنَةُ التجهيزِ)** من الكفنِ وغيرِه **(على البائِعِ)** ؛ لأنَّ القَتْلَ لِتقَدُّمِ سَبَبه كالمتقَدِّمِ .

(وإنْ كان عالِمًا) بها **(عندَ العقدِ أو بعدَه ولم يفسَخ فهو من ضَمانِه ولا يرجِعُ بشيءٍ)** من الثمَنِ ومُؤْنَةُ التجهيزِ عليه لِدُخولِه في العقدِ على بَصيرَةٍ

---

(١) (قوله : نَبَّهَ على ذلك الأذْرَعِيُّ) يُجابُ بحَمله على قاتلِه بأمرِ الإمامِ وأمَّا المُرتدُّ فلا فرقَ في قاتلِه بين الإمامِ وغيرِه وبه صَرَّحَ المتوَلِّي .

(٢) (قوله : والزَّاني المُحْصَنُ إلخ) يُستثنَى أيضًا مَنْ قَتلَهُ بدارِ الحرب لِظَنِّه حِرابَته أو كان لِحَربِيٍّ وقَتْلُ العادِلِ الباغي أو عَكسه بسَبَب القِتالِ .

(٣) (قوله : عن الشيخ أبي عَلِيٍّ) هذا ضعيفٌ إذ المُرتدُّ لا قِيمَةَ له فكما لا يضمَنُ بالإتْلافِ لا يضمَنُ بالتلَفِ ، والفرقُ بين مَسألَتنا ومَسألَةِ قولِ مالِكِ المغصوبِ لِغاصِبه أقتُلُه واضِحٌ ، وقد ذكرَ المُصَنِّفُ كأصلِه في كِتاب الغصَب ما حاصِلُه أنَّ الرِّدَّةَ إن طَرَأَتْ في يدِ الغاصِب ضَمِنَه وإن كانت موجودَةً قبلَ الغصب لَم يضمَنه .

(٤) (قوله : أو اشترَى الجاني) أي أو تارِكُ الصَّلاةِ أو الزَّاني المُحْصَنُ بأن زَنَى الذِّمِّيُّ ثم لَحِقَ بدارِ الحرب ثم أُسترِقَّ فإنَّه يُرجَمُ صَرَّحَ به الأصحابُ .

وإمساكِه مع العِلمِ بحالِه (وإنْ وجبَ عليه) أيِ الرَّقيقِ (قَطعٌ بجِنايةٍ أو سَرِقَةٍ صَحَّ بيعُه فإنْ قُطِعَ في يدِ المشتري ولم يكنْ عالِمًا) بحالِه حتى قُطِعَ (فله الرَّدُّ) واسترِدادُ جَميعِ الثَّمَنِ ، لأنَّه لِتقَدُّمِ سَبَبه كالمتقَدِّمِ (وإلا) بأنْ كان عالِمًا بحالِه (فلا) رَدَّ له ولا أرشَ (فلو حدَثَ به قبلَ القَطعِ عَيبٌ امتنعَ الرَّدُّ) لأنَّه بقبضِ مُشتريه صارَ من ضَمانِه ، وتقييدُه بقبلِ القَطعِ من زيادَتِه وهو مُضِرٌّ إذْ لا فرقَ [١] (ورجع) على البائعِ (بما) أيْ بنِسبَةِ ما (بين قيمَتِه سَليمًا وأقطَعَ) إلى قيمَتِه سَليمًا من الثَّمَنِ ، (وله رَدُّ مُزَوَّجَةٍ اشتراها جاهلا) بزَواجِها (ولو افتَضَّها الزَّوْجُ) بالفاءِ وبالقافِ (بعدَ القبضِ) لِما مَرَّ في التي قبلها ، (فلو تعَذَّرَ الرَّدُّ رجع من الثَّمَنِ بما بين قيمَتِها بكْرًا غيرَ مُزَوَّجَةٍ ومُزَوَّجَةٍ مُفتَضَّةٍ ولا رَدَّ) ولا أرشَ (إنْ عَلِمَ) بذلك (وإنْ جَهِلَ مَرَضَ المبيعِ فمات في يدِه وجَبَ) له (الأرشُ) وهو ما بين قيمَتِه صَحيحًا ومَريضًا بالمرَضِ الذي كان في يدِ البائعِ دون الزَّائِدِ في يدِ المشتري (فقط) أيْ دون الثَّمَنِ بخِلافِ الرِّدَّةِ (لأنَّ المرَضَ يتزايدُ فهو) أيِ المبيعُ (من ضَمانِ المشتري) والرِّدَّةُ خَصلَةٌ واحِدَةٌ وُجِدَتْ في يدِ البائعِ ، فإنْ لم يمُتْ لكنْ زادَ المرَضُ فعَلِمَ به المشتري امتنَعَ الرَّدُّ ورجع بالأرشِ أيضًا .

الأمرُ (الثالِثُ : ما يُظَنُّ) حُصولُه (بالتغريرِ ، فالتصريةُ حَرامٌ) [٢] وهي أن يترُكَ حَلْبَ النَّاقَةِ أو غيرِها عَمدًا مُدَّةً قبلَ بيعِها ، لِيُوهِمَ المشتري كثرَةَ اللبَنِ ، والأصلُ في تحريمِها والمعنَى فيه التدليسُ والضَّرَرُ خَبَرُ الصَّحيحَيْنِ «لا تصُرُّوا الإبلَ والغنَمَ فمَن ابتاعَها بعدَ ذلك - أيِ النَّهيِ - فهو بخيرِ النَّظَرينِ بعدَ أنْ يحلُبَها إنْ رَضِيها أمسَكَها وإنْ سَخِطَها رَدَّها وصاعًا من تمرٍ [٣]» وتصُرُّوا بوزنِ تُزَكُّوا [٤] من صرِّ الماءَ في الحوضِ جَمعه (ويثبُتُ بها الخيارُ على الفوْرِ إذا عَلِمَ بها ولو بعدَ مُدَّةٍ) كخيارِ العيبِ وأمَّا خَبَرُ مُسلِمٍ : «مَن اشترَى مُصراةً - وفي رِوايةٍ - شاةً مُصراةً

---

(١) (قوله : وهو مُضِرٌّ إذْ لا فرقَ) إنَّما قَيَّدَ به لكونِ امتناعِ الرَّدِّ حينَئِذٍ سَبَبُه حُدوثُ العيبِ ، فإنَّ صورَةَ المسألَةِ أنَّ المُشتري لَم يعلَم بموجِبِ القطعِ حتى قُطِعَ وأمَّا حُدوثُه بعدَ القطعِ فقد لا يكونُ سَبَبًا لامتناعِ الرَّدِّ بأنْ أخَّرَ المُشتري الرَّدَّ بعدَ العِلمِ .

(٢) (قوله : فالتصريةُ حَرامٌ) أيْ إنْ قَصَدَ بَيْعَها أو تضَرَّرَتْ .

(٣) البخاري ، كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر ... ، حديث (٢١٥٠) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب حكم بيع المصراة ، حديث (١٥٢٤) .

(٤) (قوله : وتُصِرُّوا بوزنِ تُزَكُّوا إلخ) ومنهم مَن يرويه بفتحِ التاءِ وضَمِّ الصَّادِ.

فهو بالخيارِ ثلاثةَ أيَّام (١)» لحُمِلَ على الغالِب من أنَّ التصريةَ لا تظهَرُ إلا بثلاثةِ أيَّامٍ لا حالَـةَ نَقْصِ اللبَنِ قبلَ تمامِها على اختِلافِ العلفِ أو المأوى أو تبَدُّلِ الأيدي أو غيرِ ذلك **(هذا إذا قَصَدَها وإلا)** أيْ وإنْ لم يقصِدْها كأنْ ترك حَلْبَ الدّابَّةِ ناسيًا أو لِشَغْلٍ أو تصَرُّفٍ بنفسِها **(فوجهانِ)** في ثُبوتِ الخيارِ : أحدُهما ، وبه قَطَعَ الغزاليُّ والحاوِي الصَّغيرُ ، لا لِعَدَمِ التذليسِ ، وأصَحُّهما عندَ البَغوِيّ (٢) ما قَطَعَ به / ٦٢/٢ القاضي نَعَم ، لِحُصولِ الضَّرَرِ ، وقد يُؤَيِّدُ الأول بما في الإبانَةِ من أنَّه لا خيارَ له فيما إذا تجَعَّدَ شَعرُه بنفسِه ، ويُجابُ بأنَّ التصريةَ تُعلمُ غالِبًا من الحلْب كُلَّ يومٍ فالبائِعُ مُقصِّرٌ بخِلافِ التجَعُّدِ **(فإنْ زادَ اللبَنُ بقدرِ التصريةِ)** أيْ بقدرِ ما أشعَرَتْ به **(واستمَرَّ فلا خيارَ)** لِزَوالِ المقْتضي له (٣) .

(فرعٌ) : لو **(عَلِمَ)** المشتري **(بالتصريةِ بعدَ الحلْب رَدَّها)** أيِ المصراةَ **(ولزِمَه صاعُ تمرٍ)** (٤) وإنْ زادَتْ قيمَتُه على قيمَتِها **(بَدَلَ اللبَنِ)** الموْجودِ حالَةَ العقْدِ **(إنْ تلِفَ اللبَنُ أو لم يتراضَيا على رَدِّه)** للخَبَرِ السَّابقِ ، ولو عَلِمَ بها قبلَ الحلْب رَدَّ ولا شيءَ عليه **(ويتعَيَّنُ التمرُ والصَّاعُ ولو قَلَّ اللبَنُ)** للخَبَرِ فيهما (٥) ، وقَطعًا لِلنِّزاعِ في الثاني فلا يختلِفُ قدرُ التمرِ بقِلَّةِ اللبَنِ وكثرتِه كما لا تختلِفُ غُرَّةُ الجنينِ باختِلافِ ذُكُورَةٍ وأُنُوثَةٍ ولا أرشِ الموضِحَةِ باختِلافِهما صِغَرًا وكِبَرًا ، وبما قاله عُلِمَ أنَّ المشتري لا يُكلَّفُ رَدَّ اللبَنِ لأنَّ ما حدَثَ بعدَ البيعِ مِلكُه ، وقد اختلَطَ

---

(١) انظر صحيح مسلم الحديث السابق .

(٢) (قوله : وأصحُّهما عندَ البغويّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ عليه قال الأذرَعيُّ : الأصحُّ ما رَجَّحَه البغويّ وهو مُقتضَى كلامِ الماورديِّ والعِراقِيِّينَ والشافِعيِّ في الأُمِّ وصحَّحَه صاحِبُ الإفصاحِ والمِفتاحِ لِلمُعاوِي وجَزَمَ به الدَّميريُّ وقال السُّبكِيُّ : إنه الأصحُّ وحَقِيقَةُ الوجهَيْنِ ترجِعُ إلى أنَّه يلحَقُ بخيارِ العيْب فيثْبُتُ أو خيارُ الخلفِ فلا يثْبُتُ .

(٣) (قوله : لِزَوالِ المعنَى المُقتضي له) كما لو لَم يعلَم العيبَ القديمَ إلا بعدَ زَوالِه وكما لو لَم تعلَم بعِتقِها تحت رَقِيقٍ حتى عَتَقَ .

(٤) (قوله ولزِمَه صاعُ تمرٍ) يتعَدَّدُ الصَّاعُ بتعَدُّدِ المُصَرَّاةِ وإنِ اتَّحَدَ العقدُ وإنَّما تعَيَّنَ التمرُ هنا ، ولَم يجُز العُدولُ عنه إلى غيرِه ، وإنْ كان أعلى منه في القِيمَةِ والاقتياتُ بخلافِ الفِطرَةِ لأنَّ المقصودَ هنا قَطعُ النِّزاعِ مع ضَربِ تعَبُّدٍ ،والمقصودُ في الفِطرَةِ سَدُّ الخلَّةِ .

(٥) (قوله : لِلخَبَرِ فيهما) احتجَّ له الشافِعيُّ فيما رواه البيهَقِيُّ بتقديرِه ﷺ بالصَّاعِ بعدَ أن ذكرَ الإبلَ والغنَمَ والعِلمُ مُحيطٌ باختلافِ ألبانِها .

بالمبيعِ وتعَذَّرَ تمييزُه فإذا أمسَكه كان كالتالِفِ وأنَّه لا يرُدُّه على البائعِ قَهْرًا ، وإنْ لم يحمُضْ لِذَهاب طَراوتِه والعِبْرَةُ بغالِب تمرِ البَلَدِ كالفِطرَةِ (١) .

(فإنْ تراضَيا بغيرِه) أيْ بغيرِ صاعِ تمرٍ من مِثليٍّ أو مُتقَوَّمٍ (جازَ) لأنَّ الحقَّ لهما لا يعدوهما ، وفي نُسخَةٍ : ويجوزُ التراضي بغيرِه ، قال الزَّركشيُّ : والظَّاهرُ (٢) أنَّهما لو تراضَيا على الرَّدِّ بغيرِ شيءٍ جازَ (فإنْ أعوزَه التمرُ) أيْ عَدَمَه ، والمرادُ تعَذَّرَ عليه (فقيمَتُه بالمدينَةِ) (٣) تلزَمُه كذا نَقَلَه الشيخانِ عن الماورديِّ ، والماورديُّ لم يُرَجِّح شَيْئًا بل حَكى وجهَيْنِ أحدَهما هذا ، وثانيهما قيمَتُه في أقرَب بلادِ التمرِ إليه ، قال السُّبكيُّ والأذرَعيُّ وغيرُهما : وهو الأصَحُّ أخذًا من كلامِ الشافعيِّ على أنَّ التقْييدَ بالمدينَةِ لا وجهَ له بل ينْبَغي اعتِبارُ الحِجازِ ، وكلامُ الإمامِ يُشيرُ إليه قاله الزَّركشيُّ ، ومَسألَةُ الإعوازِ ساقِطَةٌ من كثيرٍ من نُسَخِ الرَّوْضِ وكأنَّه لِما عَرَفْت .

(ولو اشترَى مُصراةً بصاعٍ) من تمرٍ (رَدَّها وصاعَ تمرٍ إنْ شاءَ واستَرَدَّ صاعَه) قال القاضي وغيرُه : لأنَّ الرِّبا لا يُؤَثِّرُ في الفُسوخِ ، قال الأذرَعيُّ : واستِردادُ الصَّاعِ من البائِعِ ظاهرٌ إنْ كان باقيًا بيدِه فلو تلِف وكان من نَوْعِ ما لَزِمَ المشتري رَدَّه ، فيخرُجُ من كلامِ الأئِمَّةِ أنَّهما يقَعانِ في التقاصِّ إنْ جوَّزْناه في المِثليَّاتِ كما هو الأصَحُّ المنصوصُ لِلرَّافعيِّ (٤) ، وقولُ المصنفِ من زيادَتِه : إنْ شاءَ يُفهِمُ أنَّه لا يتعَيَّنُ ما ذَكرَ بل إنْ شاءَ فعله وإنْ شاءَ رَدَّ المصراةَ وحدَها ، واكْتفى عن رَدِّ الصَّاعِ بالصَّاعِ الذي وقَعَ ثمَنًا وهو ظاهرٌ إنْ كان باقيًا (٥) أو تالِفًا وتراضَيا أو لم يتراضَيا لكنْ كان من نَوْعِ ما لَزِمَه رَدُّه وقُلْنا بالتقاصِّ في غيرِ النَّقْدِ من المِثليَّاتِ .

(فرعٌ) : لو (رَدَّ غيرَ المصراةِ) بعدَ الحلْب (بعَيْبٍ فهل يرُدُّ بَدَلَ اللبَنِ

---

(١) (قوله : والعِبرَةُ بغالِب تمرِ البلَدِ كالفِطرَةِ) وهو المُرادُ بما نَصَّ عليه الشافِعِيُّ من أنَّه الوسَطُ من تمرِ البلَدِ .

(٢) (قوله : قال الزَّركَشِيُّ والظَّاهرُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : فقِيمَتُه بالمدينَةِ) أي لكثْرَةِ التمرِ بها رِفْقًا بالمُشترِي يومَ الرَّدِّ قاله البندَنيجيُّ وغيرُه ، وقال الغزاليُّ في أكثرِ الأحوالِ قال الأذرَعيُّ : والأوَّلُ أولى .

(٤) (قوله : خلافًا لِلرَّافِعِيِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وهو ظاهرٌ إنْ كان باقِيًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

وجهانِ) أحدُهما : وبه جَزَمَ البَغَوِيّ وصحّحه ابنُ أبي هريرةَ والقاضي وابنُ الرِّفْعَةِ : نَعَم كالمصراةِ فيرُدُّ صاعَ تمرٍ ، وقال الماورديُّ : بل قيمَةَ اللبَنِ ، لأنَّ الصَّاعَ عِوضُ لَبَنِ المصراةِ وهذا لَبَنُ غيرِها ، فإن اختلَفا في قدرِها صُدِّقَ المشتري لأنّه غارِمٌ . وثانيهما : لا لأنّه قليلٌ غيرُ مُعتنًى بجَمعِه بخِلافِه في المصراةِ . ونَقَله السُبْكِيُّ كغيره عن نَصِّ الشافعيِّ ثُم قال : وتحقيقُه أنّه إنْ لم يكنْ لها لَبَنٌ وقتَ الشّراءِ أو كان يسيرًا كالرَّشحِ رَدَّها ولا شيءَ معها ؛ لأنَّ اللبَنَ حدَثَ على مِلْكِه ، وإلا ففيه [1] أوجهٌ : أصَحُّها قولُ البَغَوِيّ أنّه يرُدُّ معها الصّاعَ كالمصراةِ بجامعِ أنَّ اللبَنَ يُقابلُه قِسطٌ من الثّمَنِ .

(فرعٌ : لا يختصُّ هذا) أيْ خيارُ التصريةِ (بالنَّعَمِ [2] بل لو اشترى أتانًا أو جاريةً مُصراةً رَدَّها) لأنَّ لَبَنَها مَقصودٌ لِلتَّربيةِ ، (و) لكن (لا بَدَلَ لِلَبَنِها) لأنَّ لَبَنَ الأتانِ نَجِسٌ ولَبَنَ الجاريةِ لا يُعتاضُ عنه غالِبًا ، وقَضيَّةُ كلامِه كغيرِه أنَّ رَدَّ الصَّاعِ جارٍ في كُلِّ مَأكولٍ ، قال السُبْكِيُّ : وهو الصَّحيحُ المشهورُ ، واستبعَدَه الأذْرَعِيُّ في الأرنَبِ والثّعلَبِ والضَّبُعِ ونَحوِها (وإنْ حَبَسَ ماءَ القَناةِ أو) ماءَ (الرَّحَى وأرسَله عندَ البيعِ أو الإجارَةِ) [3] تخيِيلا لكثرتِه (أو حَمَّرَ وجنَةَ الجاريةِ) تخيِيلا لِحُسنِها (أو ورَّمَ وجهَها ليظُنَّ) المشتري (سِمَنَها أو سوَّدَ شَعرَها أو جَعَّدَه) [4] ليُوهِمَ أنّه خِلقَةٌ (فله الخيارُ) كالتصريةِ بجامِعِ التلبيسِ ، وخرج بجَعَّدَه ما لو سَبَّطَه وبانَ جَعدًا فلا خيارَ لأنَّ الجُعودَةَ أحسَنُ ولا يختصُّ ذلك بالجاريةِ بل العبدُ كذلك وكذا الخُنثَى فيما يظهَرُ/ ولا بُدَّ أنْ يكونَ ذلك بحَيثُ لا يظهَرُ لِغالِبِ النّاسِ ٦٣/٢
أنّه مَصنوعٌ حتّى لا يُنسَبُ المشتري إلى تقصيرٍ [5] (ولو لَطَّخَ ثَوبَه) أيِ الرَّقيقِ

---

(١) (قوله : وإلا ففيه أوجهٌ) هو مَحَلُّ الخلافِ .

(٢) (قوله : بالنَّعم) وهي الإبلُ والبقرُ والغنَمُ وثُبوتُه في الإبلِ والغنَمِ بالنصّ وفي البقرِ إمَّا بالنصّ لِروايةِ «مَنِ اشترَى مُصَرَّاةً» وإمَّا بالقياسِ الأولَويِّ على الإبلِ فإنَّها أكثرُ لَبَنًا من الإبلِ ، وأمَّا تعميمُه في كُلِّ مَأكولٍ والجاريةِ والأتانِ فلِروايةِ «مَنِ اشترَى مُصَرَّاةً» .

(٣) (قوله : أو الإجارَةُ) مِثلُها جَميعُ المعَوَّضاتِ .

(٤) (قوله : أو جَعَّدَه) أي أو وضعَ قُطنًا في شِدقِها .

(٥) (قوله : حتى لا يُنسَبَ المشتري إلى تقصيرٍ) قال السُبكيُّ - كابنِ الرِّفعَةِ - : مَحَلُّ ذلك إذا دَلَّسَ البائعُ أو مَن واطأه وإلا فعلى الخلافِ فيما لو تحَفَّلَت الشاةُ بنفسِها وتبعَه جَماعَةٌ كالإسنَويِّ والدَّميريِّ فيكونُ الأصَحُّ ثُبوتَ الخيارِ .

(بالمِدادِ أو ألبَسه زيَّ خَبَّازٍ) مَثَلا ليُوهِمَ أنَّه كاتِبٌ أو خَبَّازٌ (أو ورَّمَ ضَرعَ الشاةِ) ليُوهِمَ كثرَةَ اللبَنِ (فلا) خيارَ للمُشتري لِتقصيرِه [1] حَيثُ لم يبحَث .

(فرعٌ : مَتى رَضي) المشتري (بالمصراةِ ثُم وجَدَ بها عَيبًا) قَديمًا (رَدَّها ، و) رَدَّ (بَدَلَ اللبَنِ معها) وهو صاعُ تمرٍ كما لو رَدَّها بالتصْريةِ .

(فرعٌ : الغبْنُ لا يُوجِبُ) أيْ يُثبتُ (الرَّدَّ وإنْ فَحُشَ كَمَن اشترَى زُجاجَةً ظَنَّها جوْهَرَةً لِتقصيرِه) حَيثُ لم يبحَث ، وإنَّما أثبَت الرَّدَّ في تلَقِّي الرُّكبانَ كما مَرَّ للخَبَرِ الواردِ فيه ، وتعبيرُه بالفُحشِ أولى من تعبيرِ أصلِه بالتفاحُشِ إذْ لا تفاعُلَ هنا .

(فرعٌ : ومَتى باعَ) حَيوانًا أو غيرَه (بشرطِ البَراءَةِ من العُيُوب) فيه (بَرِئَ من كُلِّ عَيبٍ باطِنٍ في الحيوانِ خاصَّةً مَوْجودٍ) فيه (حالَةَ العقْدِ لم يعلم به البائعُ ولا يبْرَأُ من) عَيبِ (غيرِه) أيْ غيرِ العيْبِ المذْكُورِ فلا يبْرَأُ عن عَيبٍ في غيرِ الحيوانِ ولا فيه لكنْ حدَثَ بعدَ البيعِ وقبلَ القبضِ مُطلَقًا ، ولا عن عَيبٍ ظاهرٍ في الحيوانِ عَلِمَه البائعُ أو لا [2] ، ولا عن عَيبٍ باطِنٍ [3] في الحيوانِ عَلِمَه والأصلُ ، في ذلك ما رواه البيهَقيُّ وصحَحه أنَّ ابنَ عُمَرَ باعَ عبدًا له بثَمانِمِائَةِ دِرهَمٍ بالبَراءَةِ ، فقال له المشتري به داءٌ لم تُسَمِّه لي فاختصَما إلى عُثمانَ فقَضَى على ابنِ عُمَرَ أنْ يحلِفَ لَقد باعَه العبدَ وما به داءٌ بعِلْمِه فأبَى أنْ يحلِفَ وارتجَعَ العبدَ فباعَه بألفٍ وخَمسِمِائَةٍ ، وفي الشامِلِ وغيرِه : أنَّ المشتري زَيْدُ بنُ ثابتٍ كما أورَدَه الرَّافعيُّ وأنَّ ابنَ عُمَرَ كان يقولُ : ترَكْت اليمينَ لِلَّه فعَوَّضَني الله عنها دَلَّ قَضاءُ عُثمانَ على البَراءَةِ في صورَةِ الحيوانِ المذْكُورَةِ ، وقد وافقَ اجْتِهادُه فيه اجْتِهادُ الشافعيِّ رضي الله عنه ،

---

(١) (قوله : لِتقصيرِه) عُلِمَ أنَّ لها قِيمَةً وإلا لَم يصِحَّ بَيْعُها .

(٢) (قوله : عَلِمَه البائعُ أو لا) أي لِسُهولَةِ الاطِّلاعِ عليه ويُعلَمُ غالِبًا ، فأعطَيْنا حُكْمَ المعلومِ وإنْ خَفي على نُدورٍ قال في العُباب : فإنْ جَهِلَ مع سُهولَةِ عِلْمِه به فوجهانِ وفي تصديقِ البائعِ في وُجودِه عندَ العقدِ وجهانِ . ا هـ . وأصحُّ وجهَيِ الأُولى أنَّه لا يبرأُ منه لأنَّه ظاهرٌ ما يُؤْخَذُ من التعليلِ وأصحُّ وجهَيِ الثانيةِ تصديقُ البائعِ بيمينِه .

(٣) (قوله : ولا عن عَيْبٍ باطِنٍ إلخ) يبقَى النظَرُ في المُرادِ بالظَّاهرِ والباطِنِ هل المُرادُ بالباطِنِ ما في الجوفِ مِمَّا لا يُشاهَدُ أو ما في الصُّورَةِ أو ما لا يطَّلِعُ عليه المُشتري لِعَدَمِ اشتراطِه في الرُّؤْيةِ حتى يخرُجَ ، ففقدُ الأسنانِ لو اطَّلَعَ عليها فإنَّها لا تُشترَطُ رُؤيتُها في الأصَحِّ فيه نَظَرٌ ، والأقربُ الثالِثُ ر وأشارَ إلى تصحيحِه أيضًا .

وقال : الحيوانُ يتغذَّى في الصِّحَّةِ والسَّقَمِ وتحَوُّلُ طِباعِه فقلَّما ينفكُّ عن عَيْبٍ خَفِيٍّ أو ظاهرٍ أيْ فيحتاجُ البائِعُ فيه إلى شرطِ البَرَاءَةِ ليثِقَ بلُزومِ البيعِ فيما لا يعلمُه من الخفيِّ دون ما يعلمُه مُطلَقًا في حَيوانٍ أو غيرِه لِتلْبيسِه فيه وما لا يعلمُه من الظَّاهرِ فيهما لِنُدْرَةِ خَفائِه عليه أو من الخفيِّ في غيرِ الحيوانِ كالجوْزِ واللوْزِ إذْ الغالِبُ عَدَمُ تغيُّرِه بخِلافِ الحيوانِ ، وإنَّما لم يبْرأْ ممَّا حدَثَ قبلَ القبضِ لانصِرافِ الشرطِ إلى ما كان مَوْجودًا عندَ العقدِ **(ويصِحُّ البيعُ)** مع الشرطِ المذْكُورِ .

(ولو بَطَلَ الشرطُ) لأنَّه شرطٌ يُوَكِّدُ العقدَ ويُوافِقُ ظاهرَ الحالِ ، وهو السَّلامَةُ من العُيُوب ولاشتهارِ القِصَّةِ المذْكُورَةِ بين الصَّحابَةِ وعَدَمِ إنكارِهم . **(وهكذا)** يصِحُّ البيعُ ويبْرَأُ البائِعُ ممَّا ذُكِرَ ، ولو بَطَلَ الشرطُ **(لو قال بعتُك)** هذا **(على أنْ لا ترُدَّ)** هـ **(بعَيْبٍ)** لأنَّه في معنى ما ذُكِرَ **(وإنْ شرَطَ البَراءَةَ ممَّا يحدُثُ)** من العُيُوب قبلَ القبضِ ولا مع الموْجودِ منها **(بَطَلَ العقْدُ)** صَوابُه الشرطُ [١] لأنَّه إسقاطٌ لِلشَّيْءِ قبلَ ثُبوتِه ، **(أو)** شرَطَ البَراءَةَ **(من)** عَيْبٍ **(مُعَيَّنٍ)** فإنْ كان ممَّا **(لا يُشاهَدُ كالزِّنا والسَّرِقَةِ)** والإباقِ **(أو يُشاهَدُ كالبَرَصِ وشاهَدَه المشتري بَرِئَ)** لأنَّ ذِكْرَها إعلامٌ بها **(وإلا)** أيْ وإنْ كان ممَّا يُشاهَدُ ولم يُشاهِدْه المشتري **(فلا)** يبْرَأُ كما لو شرَطَ البَراءَةَ مُطلَقًا لِتفاوُتِ الأغْراضِ باختِلافِ قدرِه ومَوْضِعِه ، قال السُّبْكِيُّ وبعضُ الورَّاقينَ في زَمَنِنا يجْعَلُ بَدَلَ شرطِ البَراءَةِ إعلامَ البائِعِ المشتري بأنَّ بالمبيعِ جَميعَ العُيُوب ورَضِي به وهذا جَهلٌ لأنَّه كذِبٌ ، ولا يُفيدُ لأنَّ الصَّحيحَ أنَّ التسميةَ لا تكْفي فيما تمكِنُ مُعايِنَتُه حتَّى يُريه إيَّاه ، وأمَّا ما لا تمْكِنُ مُعايِنَتُه فذِكْرُهُ مُجْمَلا بهذِه العِبارَةِ كذِكْرِه ما تُمكِنُ مُعايِنَتُه بالتسميةِ من غيرِ رُؤْيةٍ فلا يُفيدُ ولا يجوزُ للحاكِمِ إلزامُ المشتري بمُقْتضَى هذا الإقرارِ للعِلْمِ بكذِبه وبُطلانِه ، وإذا وقَعَ ذلك يكونُ حُكْمُه كشرطِ البَراءَةِ .

(فصلٌ : وإنْ هَلَكَ المبيعُ في يدِ المشتري) كأنْ مات العبدُ أو تلِف الثَوْبُ أو أُكِلَ الطَّعامُ **(أو أعتقَه [٢] أو وقفه أو زَوَّجَه [٣] ....**

---

(١) (قوله : صَوابُه الشرطُ) هو كذلك في بعضِ النُّسخ .

(٢) (قوله : أو أعتقَه) أي وإن كان المُعتقُ وعَتيقُه كافِرَيْنِ لأنَّهم جَعَلوا التوقُّعَ البعيدَ نوعًا من اليأس.

(٣) (قوله : أو زَوَّجَه) قال في العُباب : ولو عَرَف عَيْبَ الرَّقيقِ وقد زَوَّجَه لِغيرِ البائِعِ ولَم يرضَه مُزَوَّجًا فلِلمُشتري الأرشُ فانْ زالَ النِّكاحُ ففي الرَّدِّ وأخذ الأرشِ وجهانِ. اهـ. وأرجحهما أن له الرد ولا أرش.

.... أو استولَدَها [١] فعَلِمَ) بعدَ ذلك (بعَيْبٍ) به يُنقِصُ قيمَته (رجع بالأرش) لِتعذُّرِ الرَّدِّ بفواتِ المبيعِ حِسًّا أو شرعًا [٢] ، وهذا في غيرِ الرِّبَوِيِّ المبيعِ بجنسِه أمَّا فيه فسيأتي . (وهو) أي الأرشُ (جُزءٌ من الثمَنِ) [٣] / لأنَّ المبيعَ ٦٤/٢
مَضمُونٌ على البائعِ به فيكونُ جُزؤُه مَضمُونًا عليه بجُزءٍ منه ؛ ولأنَّا لو اعتبَرناه من القيمَةِ كما في الغصب لَرُبَّما ساوى الثمَنَ فيجتمِعُ للمُشتري الثمَنُ والمثمَّنُ فوجَبَ أنْ يكونَ الجُزءُ من الثمَنِ (نِسبَتُه إليه نِسبَةَ) أي كنِسبَةِ (ما يُنقِصُ العيْبُ من القيمَةِ) لو كان المبيعُ سَليمًا إليها ، (ويُعتبَرُ) فيها (أقَلُّ قيمَتَيْ) وقتَيْ (العقدِ والقبضِ) لأنَّها إنْ كانت وقت العقدِ أقَلَّ ، فالزِّيادَةُ حدَثَتْ في مِلْكِ المشتري أو وقت القبضِ أقَلَّ فالنَّقْصُ من ضَمانِ البائعِ فلا يدخُلُ في التقويمِ ، فإنْ كانت بين الوقتَيْنِ أقَلَّ فهي المعتبَرَةُ كما في المنهاجِ والدَّقائِقِ [٤] .

فكلامُه كأصْلِه محمُولٌ على ما إذا لم تكن القيمَةُ بينهما أقَلَّ فيُوافِقُ ما سيأتي في الثمَنِ لكنْ نَظَرَ فيه السُّبْكِيُّ وغيرُه بأنَّ النَّقْصَ الحادِثَ قبلَ القبضِ إذا زالَ قبلَ القبضِ لا يتخَيَّرُ به المشتري فكيف يضمَنُه البائعُ [٥] ؟ ويُجابُ بأنَّه لا يلزَمُ من عَدَمِ التخييرِ الذي في ثُبوتِه رَفْعُ العقدِ عَدَمُ الضَّمانِ الذي ليس في ثُبوتِه ذلك

---

(١) (قوله : أو استولَدَها) أو جَعل الشاةَ أُضحيَّةً ويكونُ الأرشُ له في الأصحِّ .

(٢) (قوله : لِتعذُّرِ الرَّدِّ بفواتِ المبيعِ حِسًّا أو شرعًا) أي ولا يُمكِنُ إسقاطُ حَقِّه فرَجَعَ إلى الأرشِ .

(٣) (قوله : وهو جُزءٌ من الثمنِ إلخ) إنَّما لَم يجْعَل الأرشَ هنا ما نَقَصَ من القِيمَةِ كالغصبِ والسَّومِ والجِنايةِ لأنَّه قد يُساوِي المُثَمَّنَ كما لو اشترَى ما يُساوِي مِائَةً بعَشرَةٍ فلو رَجَعَ بعَشرَةٍ لَجَمع بين الثمَنِ والمُثَمَّنِ هَكذا قاله الشافِعِيُّ وهذا في الأرشِ الواجِب لِلمُشتري علَى البائعِ ، أمَّا ما يجِبُ لِلبائعِ على المُشتري كما إذا رَجَعَ المبيعُ إليه بانفِساخِ العقدِ فوجَدَ به عَيبًا فإنَّه ينسُبُ الأرشَ إلى القِيمَةِ لا إلى الثمَنِ صَرَّحَ به الرَّافِعِيُّ في الكلامِ على شِراءِ ما مَأكولُه في جَوفِه والمعنَى فيه أنَّ العقدَ قد انفسَخَ وصارَ المقبوضُ في يدِه كالمُستامِ لكنْ جَزَمَ في العكْسِ بما يُخالِفُه وقال في الذَّخائِرِ : إنه الصَّوابُ .

(٤) (قوله : كما في المنهاجِ والدَّقائِقِ) وفي الكافي : وتُعتبَرُ أقلُّ ما كانت من يومِ العقدِ إلى يومِ القبضِ ومنهم مَن عَبَّرَ عنه بأنَّا نُراعي ما هو الأضَرُّ بالبائعِ في الحالَيْنِ والأنفعُ لِلمُشتري ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ استقرارِ الثمَنِ .

(٥) (قوله : فكيف يضمَنُه) يعني النقصَ الحاصِلَ بسَبَب اختلافِ الأسعارِ (منه) . (فرعٌ) هل يمتنِعُ الرَّدُّ على بائعِ الصَّيدِ إذا أحرَمَ لأنَّ رَدَّه عليه إتلافٌ ؟ فيه نَظَرٌ ج ليس له الرَّدُّ قبلَ تحَلُّلِ البائعِ ولا يبطُلُ حَقُّ الرَّدِّ بالتأخيرِ إليه .

(مِثالُه قيمَتُه دون العيْب مِائَةٌ ، و) قيمَتُه **(تِسعونَ مع العيْب ، فالتفاوُتُ)** بينهما واقِعٌ **(بالعُشرِ فيرجِعُ بعُشرِ الثمَنِ فإذا ثَبَت الأرشُ)** للمُشتري **(فإنْ كان الثمَنُ في ذِمَّتِه بَرِئَ من قدرِ الأرشِ لكنْ بعدَ المطالَبَةِ)** به فلا يكْفي العِلمُ به لأنَّه كما يجوزُ له الرِّضا بالمعيب بكُلِّ الثمَنِ مع بَقاءِ المبيعِ فكذا يجوزُ بعدَ فواتِه ، فالتردُّدُ فيهما على السَّواءِ وكما لا بُدَّ من المطالَبَةِ ثَمَّ بالفسخ لا بُدَّ من المطالَبَةِ هنا بالأرشِ ثم يُحتمَلُ أنْ تكونَ المطالَبَةُ به على الفورِ كالأخذِ بالشُّفعَةِ لكنْ ذكرَ الإمامُ في باب الكِتابَةِ أنَّه لا يتعيَّنُ له الفورُ بخِلافِ الرَّدِّ ، ذكرَ ذلك الزَّركشيُّ [١] . **(ويستحِقُّ الأرشَ)** بعدَ المطالَبَةِ به **(من عَيْنِ الثمَنِ ، و)** يستحِقُّ **(الرُّجوعَ في عَيْنِه)** أي الثمَنِ **(عندَ الفسخِ)** [٢] للبيعِ **(إنْ كان)** باقيًا **(في يدِه)** فيهما يعني يدَ البائعِ بقَرينَةِ **(ولو زالَ عن مِلكِه ثُم عادَ)** إليه أو عَيَّنَ بعدَ العقدِ في المجلِسِ أو غيرِه عمَّا في الذِّمَّةِ .

وإذا اعتُبِرَتْ قِيَمُ المبيعِ فإمَّا أنْ تتَّحِدَ قيمَتاه سَليمًا وقيمَتاه مَعيبًا أو يتَّحِدا سَليمًا ويختلِفا مَعيبًا ، وقيمَتُه وقتَ العقدِ أقَلُّ أو أكثَرُ ، أو يتَّحِدَ مَعيبًا ويختلِفا سَليمًا وقيمَتُه وقتَ العقدِ أقَلُّ أو أكثَرُ أو يختلِفا سَليمًا ومَعيبًا وقيمَتُه وقتَ العقدِ سَليمًا ومَعيبًا أقَلُّ أو أكثَرُ أو سَليمًا أقَلُّ ومَعيبًا أكثَرُ أو بالعكسِ فذلك تِسعَةُ أقسامٍ لا تخفى أمثِلَتُها ، وقد ذكَرتها في شرحِ البَهْجَةِ ، وإذا نَظَرت إلى قيمَتِه فيما بين الوقتَيْنِ أيضًا زادَتِ الأقسامُ **(فإذا تلِف الثمَنُ)** [٣] وقد فُسِخَ البيعُ **(رَدَّ مِثلَه في المِثليِّ وقيمَتَه**

---

(١) (قوله : ذكرَ ذلك الزَّركَشيُّ) أي كَغيرِه .

(٢) (قوله : ويستحِقُّ الرُّجوعَ في عَيْنِه عندَ الفسخ) لو أبرَأه من بعضِ الثمَنِ ثم رَدَّ المبيعَ بالعيب فإنْ أبرَأه بعدَ التفرُّقِ رَجَعَ بتمامِ الثمَنِ ، أو قبله فهو لاحِقٌ بالعقدِ على المذهَب فلا يرجِعُ إلا بما بَقِي ، ولو أبرَأه من جَميعِ الثمَنِ جَزَمَ القاضي الحُسَيْنُ بجَوازِ الرَّدِّ لِلتَّخَلُّصِ من المبيعِ ، وقِياسُ مَنْ يقولُ يرجِعُ بتمامِ الثمَنِ عندَ الإبراءِ عن بعضِه أنْ يقولَ به هنا ق . و . ولو وهَبَ البائعُ لِلمُشتري الثمَنَ فقيلَ يمتنِعُ الرَّدُّ ، وقيلَ يرُدُّ ويُطالِبُ ببدَلِ الثمَنِ ، وسَيأتي في كلامِ المُصَنِّفِ آخرَ الباب وسَيأتي في كلامِه في الصَّداقِ ما يُعلَمُ منه أنَّه لا يرجِعُ في الإبراءِ من جَميعِ الثمَنِ بشيءٍ وفي الإبراءِ من بعضِه إلا بالباقِي ، وقولُه وقِيلَ : يرُدُّ ويُطالِبُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : فإنْ تلِف الثمَنَ إلخ) لو كان الثمَنُ باقِيًا ولكنِ امتنَعَ نَقلُه من شَخصٍ إلى شَخصٍ بإعتاقٍ أو كِتابةٍ أو استيلادٍ أو انتقَلَ إلى آخَرَ ببَيْعٍ أو غيرِه أو تعَلَّقَ به حَقٌّ لازِمٌ كَرَهْنٍ وشُفعَةٍ كان حُكمُه حُكمَ التالِفِ ولو زالَ وعادَ فكالباقِي على الأصحِّ .

في المتقوِّم ، **لكنْ في)** التَّمَنِ **(المعَيَّنِ)** ولو بعدَ العقدِ **(يرُدُّ قيمَته أقَلَّ ما كانتْ من)** وقتِ **(العقدِ إلى)** وقتِ **(القبضِ)** لأنَّها إنْ كانتْ وقت العقدِ أقَلَّ فالزِّيادَةُ حدَثَتْ في مِلْكِ البائِعِ أو وقت القبضِ أقَلَّ فالنَّقْصُ من ضَمانِ المشتري فإنْ كانتْ بين الوقتينِ أقَلَّ فهي المعتبَرَةُ ، وقولُه في المعَيَّنِ من زيادَتِه ولا حاجَةَ إليه بل قد يُوهِمُ خِلاف المرادِ لأنَّ التلَف إنَّما يكونُ في مُعَيَّنٍ **(ويجوزُ الاستِبْدالُ عنه)** أيْ عن التَّمَنِ **(كالقَرضِ)** قال في الأصلِ : وخُروجُه عن مِلْكِه بالبيعِ ونَحوِه كالتلَفِ .

(فإنْ تعَيَّبَ بنَقْصِ وصْفٍ) كالشلَلِ **(أو زادَ زيادَةً مُتَّصِلَةً كالسِّمنِ أخَذَه له وعليه)** أيْ أخذَه **(بلا أرشٍ)** له في النَّقْصِ ولا عليه في الزِّيادَةِ ، نَعَم إنْ كان النَّقْصُ بجِنايةِ أجْنَبيٍّ استُحِقَّ عليه الأرشُ وخرج بنَقْصِ الجُزءِ فيستحِقُّ أرشَه **(والعيبُ إنْ لم يُنْقِص المبيعَ كالخِصاءِ لا أرشَ له)** لِعَدَمِ نُقصانِ القيمَةِ لا يُقالُ ينبَغي أنْ ينظُرَ إليه قبلَ اندِمالِ الجُرحِ ، ويجِبَ الأرشُ كنَظيرِه في الجِنايةِ على الحُرِّ حَيثُ لم توجِبْ أرشًا ولم تنقُصْ شَيئًا بعدَ الاندِمالِ ، لأنَّا نَقولُ المرعيُّ هنا الماليَّةُ ، ولم يفُتْ منها شيءٌ فلا حاجَةَ إلى ذلك بخِلافِه ثَمَّ فإنَّا لو لم نَنظُرْ إليه لأُهْدِرَتِ الجِنايةُ أصلاً .

(ولو اشترَى مَعيبًا) جاهلا بعَيْبه **(يُعتقُ عليه أو بشرطِ العِتْقِ فأعتقَه رجع بأرشِه)** لأنَّ المقصودَ وإنْ كان العِتْقَ فبَذْلُ الثَّمَنِ إنَّما كان في مُقابَلَةِ ما ظَنَّه من سَلامَةِ المبيعِ فإذا فات منه جُزءٌ صارَ ما قَصَدَ عِتقَه مُقابَلا ببعضِ الثَّمَنِ فرجع في الباقي ، وقَضيَّةُ كلامِه كغيرِه حُصولُ العِتقِ قبلَ العِلْمِ بالعيب ، واستُشكِلَ بما في الوكالَةِ من أنَّ الوكيلَ إذا اشترَى مَنْ يُعتقُ على مُوكِّلِه ثُم عَلِمَ عَيْبَه فللوكيلِ رَدُّه لأنَّه لا يُعتقُ / على الموكِّلِ قبلَ الرِّضا بالعيب [1]، ورُدَّ بأنَّ المأذونَ فيه للوكيلِ شِراءُ السَّليمِ فإذا اشترَى مَعيبًا لم يُعتق قبلَ الرِّضا به بخِلافِ ما إذا باشرَ العقْدَ بنفسِه [2]. ٦٥/٢

---

(١) (قوله : لَم يُعتق عليه قبلَ الرِّضا به) أي لأنَّ العِتقَ إنَّما يكونُ في مِلكٍ قد استقَرَّ بدَليلِ أنَّه لا ينفُذُ في زَمَنِ الخيارِ .

(٢) (قوله : بخلافِ ما إذا باشَرَ العقدَ بنفسِه) أي فإنَّ مِلكَه يصيرُ مُستقِرًّا على ما اشتراه وإنْ كان مَعيبًا فعَتقَ عليه بنفسِ الشِّراءِ وثُبوتُ الخيارِ بعدَ الاطِّلاعِ على العيبِ لا يمنَعُ الاستقرارَ ، وأيضًا شِراءُ الوكيلِ المعيب له شُبهٌ بشِراءِ الفُضوليِّ لأنَّه لَم يأذَنْ له في شِراءِ المعيب فلو عَتقَ عليه قبلَ الرِّضا لألزَمناه مِلكًا لَم يأذَنْ فيه ولَم يرضَ به وهو مُحالٌ ، ولِهذا لو اشترَى له الفُضوليُّ ...=

(فصلٌ : إذا خرج المعيبُ (١) عن مِلْكِه ولو بلا عِوضٍ فلا) رَدَّ في الحالِ لِتعَذُّرِه ولا (أرشَ) له (في الحالِ لأنَّه ما أَيِسَ من الرَّدِّ) فإنَّه قد يعودُ إليه فيرُدُّه (فإنْ تلِفَ أو عَتقَ قبلَ العوْدِ إليه رجع الأرشُ) على بائِعِه لليأسِ من الرَّدِّ عليه سواءٌ أرجع عليه مُشتريه أم لا ، (وإنْ عادَ إليه ولو بهبَـةٍ رَدَّ) على بائِعِه لِزَوالِ التعَذُّرِ ، (ولو عادَ) إليه (بشِراءٍ رَدَّه على مَنْ شاءَ منهما) أيْ من بائِعِه الأولِ أو الثاني ، وإذا رَدَّه على الثاني فله رَدُّه عليه ، وحينَئِذٍ يرُدُّ هو على الأولِ (وليس للمُشتري الثاني رَدُّه على) البائِعِ (الأولِ لأنَّه لم يملِكْ منه فإن استرَدَّه البائِعُ الثاني) وقَبله (وقد حدثَ به عَيْبٌ) عندَ المشتري منه (خُيِّرَ) البائِعُ (الأولُ بين استِرجاعِـه) منـه (و) بـين (تسليـمِ الأرشِ) له (ولو لم يقبله البـائِعُ الثاني وطُولِبَ) أيْ وطالَبَه مُشتريه (بالأرشِ رجع به بائِعُـه) لأنَّه لو قَبله رُبَّما لا يقبَلُه بائِعُه فيتضَرَّرُ (لكنْ) إنَّما يرجِعُ به (بعدَ التسليمِ) أيْ تسليمِه الأرشَ لِمُشتريه كذا في أصلِ الرَّوْضَةِ وعَلَّله بأنَّه رُبَّما يُطالِبُه فيبقَى مُستدْرِكًا لِلظَّلامَةِ (٢) ، وهذا كما قال الإسنَـويُّ : وغيرُه إنَّما يستقيـمُ على أنَّ العِلَّـةَ فيما إذا خـرج المعيبُ عن مِلْكِـه بلا عِوضٍ استِدْراكُ الظَّلامَةِ ، أمَّا على الصَّحيحِ من إنَّها اليأسُ من الـرَّدِّ كما مَرَّ فيرجِعُ سَلَّمَ الأرشَ أم لا ، ولا نَظَرَ إلى إمكانِ العوْدِ بزَوالِ العيْب الحادِثِ خِلافًا لِلشَّيْخِ أبي عَلِيٍّ هذا هو مُقْتضَى كلامِ الرَّافعيِّ فإنَّه صحّح جوازَ الرُّجوعِ ثُم نَقَـلَ ما تقدَّمَ عن أصلِ الرَّوْضَةِ عن الشيخِ أبي عَليٍّ نَقَلَ الأوجُهَ الضَّعيفةَ (٣) (بخِلافِ ما لو تلِف عنـدَ المشتري الثّاني) أو أعتقَه أو وقَفـه (فـإنَّ له) أيِ البائِعِ الثاني (المطالَبَـةَ) لِبائِعِه بالأرشِ (ولو أبرَأه) منه المشتري (الثّاني) لليأسِ من الرَّدِّ بما تقرَّرَ عُلِمَ أنَّه لا مُخالَفةَ بين هذا وبين ما قبله .

(فرعٌ : لو باعَ زَيْدٌ عَمرًا شَيئًا ثُم اشتراه منه وبانَ به عَيْبٌ قَديمٌ) كان بيدِ

= مَنْ يُعتقُ عليه وصحَّحناه لَمْ يُعتق قبلَ الإجازَةِ .

(١) (قوله : إذا خَرَجَ المعيبُ إلخ) أي أو بعضُه .

(٢) (قوله : وعَلَّله بأنَّه رُبَّما يُطالِبُه إلخ) قال في الخادِمِ : ينبَغي التعليلُ باليأسِ من الرَّدِّ قَهْرًا فإنَّها العِلَّةُ المُعتَـبَرَةُ ، وقال بعضُهم : مُرادُ الأكثرِينَ اليأسُ من الرَّدِّ على سَبيلِ الإلـزامِ وأنَّ توقُّعَ زَوالِ العيْب الحادِثِ غيرُ مُعتبَرٍ عندَهم لِبُعدِه .

(٣) (قوله : نَقَلَ الأوجُهَ الضَّعيفةَ) قد يُجابُ بمَنْعِ حُصولِ اليأسِ إذ قد يرضَى البائِعُ الثاني بأخذه مَعيبًا بالحادِثِ ، ويقبَلُه البائِعُ الأوَّلُ كذلك فهو مُستقِيمٌ على الصَّحيحِ .

زَيْدٍ **(فإنْ كان)** المبيعُ **(باقيًا وكان زَيْدٌ جاهلا)** بعَيْبه **(فله رَدُّه على عَمرٍو وإن اشتراه منه بمِثلِ ما باعَه به)** فإنْ قُلْت : لا فائِدَةَ في رَدِّه عليه في الأخيرَةِ لأنَّه لو رَدَّه عليه قُلْنا رُبَّما رَضي به فلم يرُدَّه ، واستُشكِلَ ذلك بما سيأْتِي من أنَّ البيعَ بمِثلِ الثمَنِ الأولِ من البائِع قاله ويلزَمُ منه امتِناعُ الرَّدِّ ، وأُجيبُ بأنَّ ما هناك مَحلُّه قبلَ القبضِ وهنا بعدَه ولو سَلِمَ أنَّه هنا قبله أيضًا فلا يمتنِعُ الرَّدُّ في ذلك وإنْ كان فسخًا، ويكونُ الرَّدُّ فسخًا للفسخِ وهذا كما أنَّ الشفيعَ يفسَخُ فسخَ المشتري بالعيْب ، ويأْخُذُ بالشُّفعَةِ **(ثُم)** بعدَ أنْ رَدَّه زَيْدٌ على عَمرٍو **(لِعَمرٍو رَدُّه عليه إنْ كان جاهلا)** بخِلافِ ما إذا كان عالِمًا ، أمَّا إذا كانا عالِمَيْنِ فلا رَدَّ وإنْ كان زَيْدٌ عالِمًا فلا رَدَّ له بل ولا لِعَمرٍ ولِزَوالِ مِلْكه ولا أرشَ له ؛ لأنَّه لم ييأس من رَدِّه [(١)] لِتوقُّعِ عَوْدِه **(ولِزَيْدٍ)** إنْ كانا جاهلَيْنِ **(المطالَبَةُ بالأرشِ إنْ تلِف)** المبيعُ عندَه **(ثُم لِعَمرٍو مُطالَبَتُه)** به **(أيضًا)** وبعدَ مُطالَبَتِهما يحصُلُ التقاصُ فيما تساويا فيه ، والتصْريحُ بمُطالَبَةِ عَمرٍو من زيادَتِه ، وتعبيرُه بثُم يقتضي الترتيبَ وليس مُرادًا [(٢)] بخِلافِه في التي قبلها .

(فرعٌ) لو **(عَلِمَ)** المشتري **(بالعيْب وقد)** تعَذَّرَ رَدُّه لِتعَلُّقِ حَقٍّ لازِمٍ به أو لِغيرِه كأنْ **(رَهَنَ المبيعَ)** عندَ غيرِ البائِع [(٣)] وأقبَضَه **(أو كاتبَه)** كِتابَةً صَحيحَةً **(أو غُصِبَ)** أو أبَقَ فلا رَدَّ ولا أرشَ في الحالِ ؛ لأنَّه لم ييأس من الرَّدِّ ، نَعَم إنْ كان العيْبُ في الآبقِ غيرَ الإباقِ فله الأرشُ [(٤)] لأنَّه أيِسَ من رَدِّه [(٥)] **(وكذا إنْ آجَرَه ولم يرضَ به البائِعُ)** مَسلُوبَ المنفعَةِ مُدَّةَ الإجارَةِ **(فلا رَدَّ ولا أرشَ في الحالِ)** لِما مَرَّ ، فإنْ رَضي به مَسلُوبَها رُدَّ عليه ، وقَضيَّةُ كلامِهِم أنَّه لا يُطالِبُ المشتري بأُجرَةِ مِثلِ المدَّةِ ، وهو مُوافِقٌ لِنَظائِرِه من الفسخِ بالفلَسِ ومن رُجوعِ الأصلِ فيما وهبَه من فرعِه ومن رُجوعِ الزَّوجِ في نِصْفِ الصَّداقِ وقد طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، ويُفارِقُ

---

(١) (قوله : لأنَّه لَم ييأس من رَدِّه) قال الزَّركَشيُّ : ينبَغي أن يكونَ موضِعُه إذا لَم يكُنِ البائِعُ قد غَصَبه فأبَقَ من يدِه فإنْ كان فالعبدُ مَضمونٌ عليه .

(٢) (قوله : وليس مُرادًا) ترتيبُ مُطالَبَةِ عَمرٍو باعتبارِ التلَفِ لا باعتبارِ مُطالَبَةِ زَيْدٍ فهو مُرادٌ .

(٣) (قوله : عندَ غيرِ البائِع) فإنْ كان مَرهونًا عندَ البائِع بالثمَنِ فله رَدُّه لأنَّه إذا رَدَّه سَقَطَ الثمَنُ .

(٤) (قوله : فله الأرشُ) أي : إذا لَم يرضَ البائِعُ برَدِّه بلا أرشٍ عن الحادِثِ .

(٥) (قوله : لأنَّه أيِسَ من رَدِّه) أي بحُدوثِ العيْب ، ذكرَه جُمهورُ العِراقِيِّينَ منهم القاضي أبو الطَّيِّب والشيخُ نَصْرٌ في التهذيب وصاحِبُ البيانِ .

ذلك ما يأتي في التحالُفِ (١) من أنَّ للبائعِ على المشتري بعدَ الفسخِ أُجرَةَ المِثلِ بأنَّ الفسخَ /فيما ذُكِرَ لا يحصُلُ (٢) إلا باختيارِ مَن تَردُّ العينُ إليه بخِلافِه في مَسألَةِ ٦٦/٢ التحالُفِ ، قال في الأصلِ : ولو عَرَفَ العيبَ بعدَ تزويجِ (٣) الرَّقيقِ أيْ من غيرِ البائعِ ولم يرضَ البائعُ بالأخذِ فللمُشتري الأرشُ ، لأنَّ التزويجَ يُرادُ لِلدَّوامِ فاليأسُ حاصِلٌ إلا أن يقولَ الزَّوجُ قبلَ الدُّخولِ : إن رَدَّك المشتري بعَيبٍ فأنتِ طالِقٌ فله الرَّدُّ كما يُعلمُ مِمَّا سيأتي (**ولو رَدَّ المبيعَ بعَيبٍ وكان الثَّمَنُ عبدًا رجع فيه**) المشتري (**ولو دَبَّرَه البائعُ**) لأنَّ تعلُّقَ التدبيرِ به ليس بلازمٍ ، والتصريحُ بهذا من زيادَتِه .

(**فصلٌ : وخيارُ النَّقصِ على الفورِ**) بأنْ يرُدَّ المشتري المبيعَ المعَيَّنَ (٤) حالَ اطِّلاعِه على عَيبٍ به ، لأنَّ الأصلَ في البيعِ اللُّزومُ (٥) فيبطُلُ بالتأخيرِ بلا عُذرٍ كما سيأتي (**ولا يتوقَّفُ على**) حُكمِ (**القاضي**) به (**و**) لا (**حُضورِ الخصمِ**) وهو المردودُ عليه كما في خيارِ الشرطِ (**فلْيُبادِر**) مُريدُه إليه على العادَةِ (**كالشفيعِ**) فلا يُكلَّفُ العَدْوَ في المشيِ والرَّكضَ في الرُّكوب . ليرُدَّ ، ولو عَلِمَه وهو يُصَلِّي أو يأكُلُ (٦)

---

(١) (قوله : ويُفارِقُ ذلك ما يأتي في التحالُفِ إلخ) فرَّقَ في الكِفايةِ بأنَّ لِلبائعِ هنا ولِلزَّوجِ مَندوحةً عن العينِ فلَمَّا رَجَعا فيها انحَصَرَ حَقُّهما فيها مَسلوبةَ المنفعَةِ ، وليس لِلبائعِ في التحالُفِ مَندوحةٌ عن العينِ فكان له بَدَلُ المنافعِ في مُدَّةِ الإجارَةِ .

(٢) (قوله : بأنَّ الفسخَ فيما ذُكِرَ لا يحصُلُ إلخ) اعترَضَه في الخادِمِ بأنَّ هذا لا يرِدُ على مَسألَتنا ، والفرقُ أنَّهما لَمَّا تحالَفا فالبائعُ بزَعمِه يعتقِدُ أنَّ المُشتري لا يجوزُ له أن يعقِدَ الإجارَةَ فإنَّه ظالمٌ فيها لِعَدَمِ وفائِه بصيغَةِ العقدِ التي وقَعَ التحالُفُ عليها وما قاله هناكَ من الرُّجوعِ لا يأتي هنا لأنَّ المُشتري هنا أوقَعَ الإجارَةَ على خالِصِ مِلكِه فلَم يكُن لِلبائعِ عليه رُجوعٌ .

(٣) (قوله : قال في الأصلِ : ولو عَرَفَ العيبَ بعدَ تزويجِ الرَّقيقِ إلخ) تقدَّمَتْ في كلامِ المُصَنِّفِ .

(٤) (قوله : بأنْ يرُدَّ المُشتري المبيعَ المعُيَّنَ ، والبائعُ الثمَنَ المعُيَّنَ) وقَضيَّةُ التعبيرِ بالرَّدِّ التصويرُ بالمقبوضِ لأنَّ الرَّدَّ يُعتمَدُ مَردودًا به لكنَّ الظَّاهرَ أنَّه إذا اطَّلَعَ على العيبِ قبلَ القبضِ يلزَمُه المُبادَرَةُ إلى الفسخِ على الفورِ فليس له التأخيرُ إلى القبضِ . رق . أمَّا إذا كان العِوضُ موصوفًا فالخيارُ في رَدِّه على التراخي على الأصحِّ لأنَّه لا يملِكُ إلا بالرِّضا .

(٥) (قوله : لأنَّ الأصلَ في البيعِ اللُّزومُ إلخ) ولأنَّه خيارٌ ثَبَت بالشرعِ لِدَفعِ الضَّرَرِ عن المالِكِ فكان فوريًّا كالشُّفعَةِ .

(٦) (قوله : ولو عَلِمَه وهو يُصَلِّي أو يأكُلُ إلخ) أو لَيلًا فحتى يُصبحَ أفهَمَ كلامُ المُتولِّي وغيرِه تقييدَه بمَن لَم يتمَكَّن من الحاكِمِ ولا الشُّهودِ ولا البائعِ وصَرَّحَ به ابنُ الرِّفعَةِ ، وقال : إذا لَم يتمَكَّن من المسيرِ بغيرِ كُلفةٍ فكالنهارِ . اهـ . وهو ظاهرٌ : ومُقتضَى كلامِ المُصَنِّفِ مَدُّه إلى طُلوعِ الفجرِ ،......=

أو يقضي حاجَته فله تأخيرُه حتّى يفرُغَ ، ولو عَلِمَه وقد دَخَلَ وقتُ هذِه الأُمُورِ فاشتغَلَ بها فلا بَأسَ حتّى يفرُغَ منها (وسيأتي) بيانُه (في الشُّفعَةِ (١) وله الرَّدُّ إليه) أيْ إلى الخصمِ (ولو بوكيلٍ) له (إلى وكيلٍ) للخَصمِ (٢) ، (و) له (الرَّفعُ إلى الحاكم) (٣) ليفسَخَ ثُم يستحضِرَ الخصْمَ ويرُدَّ عليه (وهو آكدُ) في الرَّدِّ لأنَّ الخصْمَ رُبَّمَا أحوجَه في آخرِ الأمرِ إلى المرافعَةِ إليه فيكونُ الإتيانُ إليه أولا فاصِلا للأمرِ جَزمًا ، قال الرَّافعيُّ : وهذا ما فهمته من كلامِ الأصحاب وحاصِلُه تخييرُه بين الأمرينِ (٤) ومَحَلُّه كما قاله الأذرَعيُّ كابنِ الرِّفعَةِ (٥) إذا لم يلقَ أحدَهما قبلَ الآخَرِ . وعليه يُحمَلُ قولُ الإمامِ : المذهَبُ أنَّ العُدولَ إلى القاضي مع وُجودِ الخصْمِ تقصيرٌ هذا إذا كان الخصمُ حاضِرًا بالبَلَدِ (فإنْ كان غائبًا) عنها ولا وكيلَ له حاضِرٌ (وأثبَتَ) المشتري (الشِّراءَ) منه (وتسليمَ الثمَنِ) إليه (والعيبَ والفسخَ) به (وحَلَفَ) على ذلك (استِظْهارًا) لكونِه قَضاءً على غائبٍ (قَضَى) له الثَّمَنَ (من مالِه) غيرِ المبيعِ إنْ كان له مالٌ غيرُه ، وإنَّما لم يقضِ من المبيعِ لِلاعتِناءِ عنه مع طَلَبِ المحافظَةِ على بَقائِه لاحتِمالِ أنَّ له حُجَّةً بيدَيْها إذا حَضَرَ (وعُدِّلَ) بضَمِّ العينِ وتشديدِ الدّالِ أيْ ، ووُضِعَ (المبيعُ) عندَ عَدلٍ (إنْ كان له) مالٌ غيرُه ، فهذا الشرطُ مُتعَلِّقٌ بقَضَى وعُدِّلَ ، وفي نُسخَةٍ تقديمُه على عُدِّلَ (وإلا) أيْ وإنْ لم يكنْ له مالٌ غيرُه (بيعَ المعيبُ) في الثمَنِ لِتعَيُّنِه للقَضاءِ ولا يُنافي ذلك ما سيأتي في باب المبيعِ قبلَ القبضِ من أنَّ للمُشتري بعدَ الفسخِ حَبْسَ المبيعِ إلى استِرجاعِ الثَّمَنِ من

= قال الزَّركَشيُّ : والأحسَنُ إلى ضَوءِ النهارِ وبه عَبَّرَ الهَرَويُّ في الإشرافِ .

(١) (قوله : وسَيأتي في الشُّفعَة) وكُلٌّ من المطَرِ الشديدِ والوحَلِ الشديدِ عُذرٌ .

(٢) (قوله : إلى وكيلٍ لِلخَصمِ) أو وارِثِه أو موكِّلِه أو وليِّه بعدَ الحجْرِ عليه بسَفهٍ ونحوِه .

(٣) (قوله : وله الرَّفعُ إلى الحاكِمِ إلخ) ليس المُرادُ بالرَّفعِ إلى الحاكِمِ الدَّعوى لأنَّ غَرِيمَه غائبٌ عن المجْلِسِ وهو في البلَدِ ، وإنَّما يَفسَخُ بحَضرَته ثم يطلُبُ غَرِيمَه ، وعَلَّلَ ذلك بأنَّ الحاكِمَ لا يخلو من الشُّهودِ غالِبًا وإنْ لَم يكُن عندَه شاهدٌ فيُتَّجه أنَّ الفسخَ بحَضرَته تفريعٌ على الأصحِّ أنَّه يقضي بعملِه كما نَبَّهَ عليه السُّبكيُّ . أب .

(٤) (قوله : وحاصِلُه تخييرُه بين الأمرَيْنِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ومَحَلُّه كما قال الأذرَعيُّ إلخ) قال في الأنوارِ : ولو اطَّلَعَ في مَجْلِسِ الحُكْمِ فخَرَجَ إلى البائِعِ ولَم يفسَخ بَطَلَ حَقُّه ، ولو اطَّلَعَ بحَضرَةِ البائِعِ فترَكَه ورَفعَ إلى القاضي لَم يبطُل كما في الشُّفعَةِ وإنَّما يُخَيَّرُ بين الخصْمِ والحاكِمِ إذا كانا بالبلَدِ فإنْ كان أحدُهما غائبًا تعَيَّنَ الحاضِرُ ا هـ .

البائعِ للفرقِ الظَّاهرِ بين البائعِ والقاضي ، وحَذَف ما في الأصلِ هنا عن القاضي من أنَّه يُقيمُ البَيِّنَةَ ادَّعاه في وجهِ مُسَخَّرٍ ينصِبُه القاضي لأنَّه ليس بلازِمٍ كما صححه في باب القَضاءِ على الغائِب وقَضيَّةُ كلامِهم الاكْتِفاءُ بالغَيْبَةِ عن البَلَدِ ، وإنْ قَلَّتِ المسافةُ لأنَّ في تكليفِه الخُروجَ عنها مَشَقَّةً ، وقال في المطلَب : المرادُ مَسافةُ القَصْرِ وهلْ يلحَقُ بها مَسافةَ العدْوى أو لا ؟ يُشبه أنْ يكونَ فيها الخِلافُ في الاستِعدادِ وقَبولِ شَهادَةِ الفرعِ . حَكاه عنه الزَّركشيُّ ثُم قال [1] : والظَّاهِرُ أنَّ الرَّفْعَ [2] إلى الحاكِمِ ليفسَخَ عندَه تكفي فيه الغيْبَةُ عن البَلَدِ وإنْ قَلَّت ، أمَّا القَضاءُ به وفصلُ الأمرِ فلا بُدَّ فيه من شُروطِ القَضاءِ على الغائِب فلا يقضي عليه مع قُربِ المسافةِ ولا يُباعُ مالُه إلا لِتعَزُّزٍ أو توارٍ ، وقد أَلحَقَ في الذَّخائِرِ الحاضِرَ بالبَلَدِ إذا خيف هَرَبُه بالغائِب عنها .

٦٧/٢ (ولو/ أمكنَه الإشهادُ) على الفسخِ (في طَريقِه) [3] إلى القاضي أو الخصمِ بالبَلَدِ (أو حالَ عُذْرِه لَزِمَه) احتياطًا ، ولأنَّ الترك يُؤْذِنُ بالإعراضِ وإذا أشهَدَ لا يلزَمُه الإنهاءُ إلى أحدِهما [4] للفسخِ لِنُفوذِه ، وهذا ما اختارَه جَماعَةٌ منهم ابنُ النَّقيب ، فقال : وإذا أشهَدَ على الفسخِ فينْبَغي نُفوذُه ولا يحتاجُ بعدَه إلى إتْيانِ الحاكِمِ ولا بائِعٍ إلا للمُطالَبَةِ لكنَّ قولَ المنهاجِ حتّى يُنهيه إلى البائِعِ أو الحاكِمِ يقتضي أنَّ وُجوبَ الإتْيانِ بحالِه ، والذي اختارَه السُّبكيُّ الأولُ وهو مُقتضَى ما في التتِمَّةِ انتهى .

والحاصِلُ أنَّ الواجِبَ الإنهاءُ إلى أحدِهما ، فإنْ أمكنَه الإشهادُ لَزِمَه ، فإذا أشهَدَ سَقَطَ وُجوبُ الإنهاءِ حتّى لا ينطُلَ الفسخُ بتأخيرِه رَدَّ المبيعِ ولا باستِخدامِه

---

(١) (قوله : ثم قال) أي كالأذرَعيِّ .

(٢) (قوله : والظَّاهرُ أنَّ الرَّفعَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ولو أمكنَه الإشهادُ في طَريقِه إلخ) لَك أن تسألَ عن الفرقِ بين ما صحَّحاه هنا من لُزومِ الإشهادِ وبين ما صحَّحاه في كِتاب الشُّفعَةِ من أنَّه إذا سارَ طالِبًا لهما لا يحتاجُ إلى الإشهادِ كما لو أرسَلَ وكيلا ولَم يُشهد ، والفرقُ بينهما أنَّ الرَّدَّ رَفعٌ لِملكِ الرَّادِّ واستمرارَه على المِلكِ مُشعِرٌ بالرِّضا فاحتاجَ أن يُشهدَ على الفسخ ليخرُجَ عن مِلكِه ، والشفيعُ لا يستفيدُ دُخولَ الشِّقصِ في مِلكِه وإنَّما يقصِدُ به إظهارَ الطَّالِب والسَّيْرُ يُغني عن ذلك فإنْ عَجَزَ عن السَّيْرِ أشهَدَ على الطَّلَب .

(٤) (قوله : وإذا أشهَدَ لا يلزَمُه الإنهاءُ إلى أحدِهما) أشارَ إلى تصحيحِه .

ولا يكفي الإشهادُ هنا على طَلَب الفسخِ (١) بخلافِه في الشُّفعَةِ ، قال السُّبكيُّ : لأنَّه يُمكِنُه إنشاءُ الفسخِ بحَضرَةِ الشُّهودِ وفي الشُّفعَةِ لا يُمكِنُه إلا بأُمورٍ مَقصودَةٍ فليس المقْدورُ في حَقِّه إلا الإشهادُ على الطَّلَب .

وإذا أشهَدَ قال القاضي والغزاليُّ يُشهدُ اثنَيْنِ ، وكلامُ المصنفِ الآتي يُلَوِّحُ به ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : وهو احتياطٌ لأنَّ الواحِدَ مع اليمينِ كافٍ ، قال السُّبكيُّ : وهو كما قال قال الزَّركشيُّ لكنْ صرّحَ الماورديُّ في الشُّفعَةِ بأنَّه لا يكفي لأنَّ من الحُكَّامِ مَنْ لا يحكُمُ به فلم يصِر مُستوثِقًا لِنفسِه بالإشهادِ ، قال : والأقرَبُ خِلافُ ما قاله بل يكتفي به كما هو الأصَحُّ (٢) في أداءِ الضَّامِنِ ولو أشهَدَ مَستورينِ فبانا فاسِقَيْنِ ينبَغي أن يكتفي به (٣) على الأصَحِّ كما في نَظيرِه من الضَّمانِ **(ولو عَجَزَ عن الشُّهودِ لم يلزَمه التلَفُّظُ بالفسخِ)** إذْ يبعُدُ إيجابُه من غيرِ سامِعٍ ، ولأنَّه رُبَّما يتعَذَّرُ عليه ثُبوتُه فيتضَرَّرُ بالمبيعِ ، وهذا ما صحّحه الشيخانِ تبعًا للإمامِ والبَغويِّ وعَزَاه المتولِّي للقفَّالِ وحدَه ، وقال : إنَّ عامَّةَ الأصحاب على لُزومِ (٤) ذلك لِقُدرَتِه عليه وإذا لَقِي البائِعَ فسَلَّمَ عليه لم يضُرَّ وإن اشتغَلَ بمُحادَثَتِه ضَرَّ **(ولا)** يلزَمُه **(التمَلُّكُ)** أيِ التلَفُّظُ **(في الشُّفعَةِ)** أيضًا كما سيأتي في بابها ، وذِكرُه هنا من زيادَتِه وهو تكرارٌ .

(فرعٌ) في دَعوى الجهْلِ بالرَّدِّ أو بالفورِ **(إنَّما تُقبَلُ)** باليمينِ **(دَعوى جَهْلِ الرَّدِّ بالعيب مِمَّنْ أسلَمَ قَريبًا)** وكان مِمَّنْ يخفى عليه ذلك **(أو نَشَأ بعيدًا)** (٥) عن العُلماءِ لِعُذرِه **(وتُقبَلُ)** باليمينِ الدّعوى **(في جَهْلِ كونِه)** أيِ الرَّدِّ **(فوْرًا من عامِّيٍّ**

---

(١) (قوله : ولا يكفي الإشهادُ هنا على طَلَب الفسخ) لأنَّ استمرارَ مِلكِ المبيعِ له مُشعِرٌ برِضاه به .

(٢) (قوله : بل يكتفي به كما هو الأصَحُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ينبَغي أن يكتفي به على الأصَحِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وقال إنَّ عامَّةَ الأصحاب على لُزومِ ذلك إلخ) ليس الترجيحُ بالكثْرَةِ بل بالدَّليلِ على وُجوب التلَفُّظِ بالفسخ في هذه الصُّورَةِ ، وليس هذا أمرًا يُتعَبَّدُ به ، وإنَّما هو مُعامَلَةٌ يُعتبَرُ فيه خطابُ الغيرِ . غ .

(٥) (قوله مِمَّنْ أسلَمَ قَريبًا أو نَشَأ بَعيدًا) قال الأذرَعيُّ : الظَّاهرُ أنَّ مَن بَلَغَ مِنَّا مجنونًا فأفاقَ رَشيدًا فاشترَى شيئًا ثم اطَّلَعَ على عَيْبه فادَّعَى الجهْلَ بالخيارِ أنَّه يُصَدَّقُ كالناشِئِ بالباديةِ ، ولو اشترَى شيئًا ووجَدَ به عَيبًا ورَضِي به أو قَصَّرَ في الرَّدِّ ثم وجَدَ به عَيبًا آخَرَ فله الرَّدُّ كما لو اشترَى شيئَيْنِ فوجَدَ بأحدِهما عَيبًا ورَضِي به ثم وجَدَ بالآخَرِ عَيبًا فله رَدُّهما .

يخفى مِثلُه عليه) [١] لِذلك .

(فرعٌ : تأخيرُ الـرَّدِّ) بالعيب بلا عُذرٍ (تقصيرٌ ، وكذا الانتِفـاعُ بالمبيعِ) مُدَّةَ العُذرِ أو السَّيرِ لِلرَّدِّ (وإنْ خَفَّ) الانتِفاعُ (كاستِدْعاءِ الشُّربِ من العبدِ) أو نَحوِه فإنَّه تقصيرٌ (يسقُطُ بـه الرَّدُّ والأرشُ) بقَيدٍ زادَه بَحثًا بقولِه (إنْ سَقاه) [٢] لإشعارِه بالرِّضا ولأنَّ فيه تأخيرًا وهو بمُجَرَّدِه يُسقِطُ الرَّدَّ فكيف إذا اجتمَعا ، لكنَّ ظاهرَ كلامِهم السُّقوطُ وإنْ لـم يسْقِه لِذلك ، وقال ابنُ العِمادِ : أنَّه المتَّجه [٣] . (فإنْ ناوله الكُوزَ) ليشرَبَ (بلا طَلَبٍ) فتناوله منه (لم يضُرَّ) لأنَّ وضعَه في يدِه كوضعِه على الأرضِ (لكنَّ رَدَّه إليـه) ولو قبلَ الشُّرب (انتِفـاعٌ) فتعبيرُه بذلك أولى من تقييدِ الأصلِ بالشُّرب ، فعُلِمَ أنَّه لو خَدَمَه بلا طَلَبٍ منه لم [٤] يضُرَّ ، قال الإسنَوِيُّ وهو [٥] مُتَّجَهٌ ، ومَحَلُّ الكلامِ في ذلك كما قال السُّبكِيُّ وغيرُه إذا لم نُوجِب التلفُّظَ بـالفسخِ (كتركِ إنعادٍ) أيْ نَزْعِ (سَرجِ الدّابَّةِ) أو نَحوِه عنها إذا لم يحصُلْ لها بنَزْعِه ضَرَرٌ [٦] فإنَّه انتِفاعٌ (وإنْ كانَ) مِلْكًا (للبائعِ) أو ابتاعَه معها كما شَمِلهما كلامُهم قال الأذْرَعِيُّ : وينبَغي أنْ يتعَذَّرَ غيرُ الفقيه في الجهْلِ [٧] بهذا قَطعًا، والتصريحُ بقـولِ المصنفِ : وإنْ كـان للبـائعِ مـن زيادَتِـه . (لا) تركِ (اللِّجـامِ

---

(١) (قوله : من عامِّيٍّ يَخْفَى مِثْلُه عليه) ومِمَّا يُستثنَى أيضًا ما لو اطَّلَعَ المُشتري على عَيْبٍ بالشِّقصِ قبلَ أخذ الشفيعِ فأمسَكَ عن رَدِّه لانتظارِ الشفيعِ لَم يبطُل حَقُّه إن كان حاضِرًا وما لو اشترَى مالا زَكويًا ووجَبَت الزَّكاةُ فيه عندَه ثم عَلِمَ عَيْبَه فليس له رَدُّه حتى يُخرِجَها ، ولا يبطُلُ حَقُّه إلا بالتأخيرِ مع التمكُّنِ من إخراجِها وما لو قال البائعُ أنا أُزيلُ ما به من عَيْبٍ وأمكَنَ في مُدَّةٍ لا أُجرَةَ لها كَنَقلِ الحِجارَةِ المدفونَةِ وما لـو اشتغَلَ بالرَّدِّ بعَيْبٍ وأخَذَ في تثْبيته ولَـم يُمكِنه فله الـرَّدُّ بعَيْبٍ آخَرَ ، والآبِقُ أو المغصوبُ إنَّما يرُدُّه بعدَ عَودِه أو رَهْنِه .

(٢) (قوله : إنْ سَقاه) في بعضِ النُّسَخِ وإنْ لَم يسقِه أو كاتبَه أو آجَرَه ولَم يرضَ به البائعُ مَسلوبَ المنفعَةِ ، قولُه لكنَّ : ظاهرَ كلامِهم السُّقوطُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وقال ابنُ العِمادِ : إنه المتَّجه) وهو ظاهرٌ لِدَلالَةِ الطَّلَب على الرِّضا فس .

(٤) (قوله : فعُلِمَ أنَّه لو خَدَمَه بلا طَلَبٍ منه لَم يضُرَّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : قال الإسنَوِيُّ) أي وغيرُه .

(٦) (قوله : إن لَم يحصُل لها بنَزْعِه ضَرَرٌ) فلو عَرَف وخَشَى من النزْعِ التعَيُّب فلا قاله ابنُ الرِّفْعَةِ وارتضاه السُّبكِيُّ وغيرُه ، ولو كان لِلبائعِ وهو وديعَةٌ عندَ المُشتري مَثَلا قال الزَّركَشِيُّ : فالظَّاهرُ أنَّه لا يُكلَّفُ نَزْعُه .

(٧) (قوله : قال الأذْرَعِيُّ وينبَغي أنْ يُعذَرَ غيرُ الفقيه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

٦٨/٢ والعذار) لخِفَّتِهما فلا/ يُعَدُّ تركُهما ولا تعليقُهما انتِفاعًا ؛ ولأنَّ القَودَ يعسُرُ بدونِهما والعذارُ ما على خَدِّ الدّابَّةِ من اللِّجامِ (١) أو المِقْوَدِ ولا يضُرُّ علفُها وسَقيُها وحَلْبُها في الطَّريقِ كما صرّحَ بها الأصلُ ، ووجهه في حَلبِها أنَّ اللبَنَ نَماءٌ حدَثَ في مِلْكِه ، وصورتُه أنْ يحلُبَها سائِرَةً فإنْ حَلَبَها واقِفةً بَطَلَ حَقُّه كما حَكاه في البَحرِ عن الأصحاب وجَزَمَ به السُّبكيُّ ، قال الأذرَعيُّ : وفيه وقفةٌ وينبَغي أنْ لا يضُرَّ إذا لم يتمَكَّنْ منه (٢) حالَ سيْرِها أو حالَ علفِها أو سَقيِها (٣) أو رَعيِها (وكالرُّكُوب) لها (ولو لِلرَّدِّ والسَّقيِ) فإنَّه انتِفاعٌ كما لو لَبِسَ الثَّوبَ لِلرَّدِّ (لا) رُكُوبها (لِجُمُوحِها) بضَمِّ الجيمِ بأنْ يعسُرَ سَوقُها وقودُها (٤) (والإنعالُ) بكسرِ الهَمزَةِ أيْ وكإنعالِها في الطَّريقِ فإنَّه يُسقِطُ الرَّدَّ والأرشَ (إلا إنْ عَجَزَتْ عن المشيِ) (٥) للعُذْرِ (فإنْ علِمَ به) أيْ بعَيْبِ الدّابَّةِ أو الثَّوب (في الطَّريقِ راكِبًا) لها (نَزَلَ) عنها لأنَّ استِدامَةَ الرُّكُوب رُكُوبٌ (٦) (أو لابسًا) له (لم يجِبْ نَزعُه فيها) أيْ في الطَّريقِ لأنَّه لا يُعتادُ نَزعُه فيها (٧) ، وقال في المهمّاتِ : ويتعَيَّنُ تصويرُه في ذَوِي الهَيْئاتِ (٨) لأنَّ غالِبَ

---

(١) (قوله : والعذارُ ما على خَدِّ الدّابَّةِ إلخ) ذكرَه في المطْلَب منه .

(٢) (قوله : وينبَغي أنْ لا يضُرَّ إذا لَم يتمَكَّن إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : أو حالَ علفِها أو سَقيِها إلخ) قال شيخُنا : ظاهرُ هذا الكلام أنَّ له علفها وسَقيها ورَعيها وإنْ أمكَنَ فعله وهي سائِرَةٌ ، ويُفرَّقُ بينه وبين حَلبها بأنَّ هذه الأشياءَ لِمَحْضِ مَصْلَحةِ المبيعِ بخلافِ الحلب فإنَّه لِمَصْلَحةِ المُشتري كاتبَه .

(٤) (قوله : بأنْ يعسُرَ سَوقُها وقودُها) يُؤْخَذُ منه أنَّه لو خاف عليها من إغارَةٍ أو نَهبٍ فرَكِبَها لِلهَرَب بها لَم يمنَعه من رَدِّها .

(٥) (قوله : إلا إنْ عَجَزَتْ عن المشيِ) أو كان تركُه يعيبَها .

(٦) (قوله : لأنَّ استدامَةَ الرُّكوب رُكوبٌ) قال الناشِريُّ : إلا أنْ يكونَ من ذَوِي الهَيْئَات فلا يبطُلُ رَدُّه بالاستدامَةِ إذا كان يُزري به .

(٧) (قوله : لأنَّه لا يُعتادُ نَزعُه فيها) لأنَّه قد يكشِفُ عورَته أو يُخلُّ بهَيْئَته .

(٨) (قوله : قال في المهمّات ويتعَيَّنُ تصويرُه إلخ) اعترَضَه ابنُ العِمادِ في الأمرَيْنِ أمّا في الثوب فلأنَّه قد يشتري ثَوبًا ويلبَسُه وحدَه ويخرُجُ إلى السُّوقِ فيطَّلِعُ على العيب فلو أمَرناه بنَزعِه صارَ عُريانًا وغالِبُ المُحترِفةِ لا يلبَسُ إلا ثَوبًا واحدًا ، وأمّا النُّزولُ عن الدّابَّةِ في الطَّريقِ فلا يُزري بحالِ ذَوِي الهَيْئات لا سيَّما عندَ مَسجِدٍ ومَدرَسَةٍ ونحوِهِم ولا دَناءَةَ في ذلك لحيثُ أمكَنَ ذلك من غيرِ إزراءٍ به واستمَرَّ راكِبًا سَقَطَ الرَّدُّ . ا هـ . والمُعتمَدُ ما ذكرَه الشيخانِ فيهما ومَحَلُّه إذا لَم يحصُل لِلمُشتري مَشقَّةٌ بالنُّزولِ كما يُؤْخَذُ من كلامِهما في هذا الباب .

المحترفةِ لا يمتنِعونَ من ذلك ويأتي نَحوُه في النُّزولِ عن الدّابّةِ انتهى .

(فرعٌ : لو صالحَه) البائِعُ **(بالأرشِ)** أيْ بجُزءٍ من الثَّمَنِ **(أو غيرِه عن الرَّدِّ لم يصِحَّ)** لأنَّه خيارُ فسخٍ فأشبَهَ خيارَ التروِّي في كونِه غيرَ مُتقَوِّمٍ **(ولم يسقُط الرَّدُّ)** لأنَّه إنَّما أسقَطَه بعِوضٍ ولم يُسَلَّمْ **(إلا إنْ عَلِمَ البُطلانَ)** أيْ بُطلانَ المصالحَةِ فيسقُطُ الرَّدُّ لِتقصيرِه وليس له أنْ يمسِكَ المبيعَ ويُطالِبَ بالأرشِ ولا للبائِعِ أنْ يمنَعَه من الرَّدِّ ويدفَعَ الأرشَ ، ولو اشترَى عبدًا فأبَقَ قبلَ قبضِه فأجازَ المشتري البيعَ ثُمَّ أرادَ الفسخَ قبلَ عَوْدِه فله ذلك كما سيأتي بيانُه في الباب الآتي .

(فصلٌ : وإنْ حدَثَ) بالمبيع **(مع المشتري)** أيْ عندَه **(عَيبٌ آخَرُ)** بآفةٍ أو جِنايةٍ[١] وعَلِمَ به عَيْبًا قَديماً **(لم يملِك الرَّدَّ قَهرًا)** لإضْراره بالبائع ولا يُكلَّفُ المشتري الرِّضا به **(فإن اتَّفقا على الفسخِ والرُّجوعِ)** على المشتري **(بأرشِ)** العيب **(الحادِثِ)** أو على الإجازَةِ [٢] والرُّجوعِ على البائِعِ بأرشِ القَديمِ **(فذاك)** ظاهِرٌ فإنْ قُلْت : تقَدَّمَ أنَّ أخذَ أرشِ القَديمِ بالتراضي مُمتنِعٌ قُلْنا عندَ إمكانِ الرَّدِّ يُتخَيَّلُ أنَّ الأرشَ في مُقابَلَةِ سَلْطنَةِ الرَّدِّ وهي لا تُقابَلُ بخِلافِه عندَ عَدَمِ إمكانِه فإنَّ المقابَلَةَ تكونُ عَمَّا فات من وصفِ السَّلامَةِ في المبيعِ ، **(ولو)** لم يتَّفِقا على ذلك بأنْ **(طَلَبَه)** أيِ الفسخَ مع الرُّجوعِ بالأرشِ **(أحدُهما وطَلَبَ الآخَرُ الإجازَةَ والرُّجوعَ بأرشِ)** العيبِ **(القَديمِ أُجيبَ طالِبُها)** أيِ الإجازَةِ سواءٌ أكان البائِعَ أم المشتري لِتقريرِه العقدَ ، ولأنَّ الرُّجوعَ بأرشِ القَديمِ يستنِدُ إلى أصلِ العقدِ ، لأنَّ قَضيَّته أنْ لا يستقِرَّ الثَّمَنُ بكمالِه إلا في مُقابَلَةِ السَّليمِ وضَمَّ أرشُ الحادِثِ إدخالَ شيءٍ جَديدٍ لم يكنْ في العقدِ فكان الأولُ أولى ، واستُشكِلَ هذا بما مَرَّ آنِفًا من أنَّهما لو تراضَيا بالرَّدِّ ضَمَّ أرشَ الحادِثِ جازَ وإنْ لم يكنْ مُستنِدٌ إلى أصلِ العقْدِ ، وأُجيب بأنَّه لمَّا كان الفسخُ ثَمَّ بالتراضي ، احتمَلَ فيه هذِه الزِّيادَةَ التابعَةَ وحَيثُ أوجَبْنا أرشَ الحادِثِ لا نَنْسُبُه إلى الثَّمَنِ بل يرُدُّ ما بين قيمَةِ المبيعِ بالعيْب القَديمِ وقيمَتِه مَعيبًا وبالعيبِ الحادِثِ بخِلافِ أرشِ القَديمِ كما مَرَّ **(هذا إنْ بادَرَ)** المشتري **(بإعلامِ البائِعِ بالحادِثِ)** مع القَديمِ ليأخُذَ المبيعَ بلا أرشٍ أو يترُكَه بإعطاءِ أرشٍ **(فإنْ**

---

(١) (قوله : أو جِنايةٌ ولو من البائِع) لا بسَبَبٍ وُجِدَ عندَ البائِعِ .

(٢) (قوله : أو على الإجازَةِ إلخ) مَحَلُّ التخييرِ فِمَنْ تصَرَّف لِنفسِه فأمَّا مَنْ باعَ عن غيرِه بوِلايةٍ أو نيابةٍ فيفعَلُ الأحظَّ له إلا أن يُلزِمَه الحاكِمُ بغيرِه .

أَخَّرَ) إعلامَه بذلك بلا عُذرٍ (بَطَلَ الرَّدُّ والأرشُ) (١) عن القَديم لإشعارِ التأخيرِ بالرِّضا به (إلا أنْ يكونَ الحادِثُ سَريعَ الزَّوالِ) (٢) غالِبًا (كالحُمَّى والرَّمَدِ) والصُّداعِ ووجَعِ البَطنِ (فإنَّ له التأخيرَ) لِلرَّدِّ (في أحدِ القولَيْنِ ليَرُدَّ سَليمًا) عن الحادِثِ بلا أرشٍ وجَزَمَ به في الأنوارِ (٣) ، والثاني لا لِقُدرَتِه على طَلَب الأرشِ .

(فرعٌ : لو زالَ) العيبُ (الحادِثُ بعدَ أخذِ أرشٍ) أيْ أخذِ المشتري أرشَ العيب (القَديمِ أو بعدَ/ قَضاءِ الحاكِمِ) له (به) ولم يأخُذه (لم يفسَخ) أيْ ليس ٦٩/٢
له الفسخُ وردُّ الأرشِ لانفِصالِ الأمرِ بذلك (فإنْ زالَ قبلَ أخذِه أو قَضاءِ القاضي) به (للمُشتري) أو قبلهما مَعًا (فُسِخَ ولو بعدَ التراضي على) أخذِ (الأرشِ ، وإنْ زالَ) العيبُ (القَديمُ قبلَ أخذِ أرشِه لم يأخُذه وبعدَه وجَبَ رَدُّه) لِزَوالِ المقتضِي لأخذِه .

(فرعٌ : ما ثَبَت به الرَّدُّ على البائِعِ (٤) يمنَعُ الرَّدَّ إذا حدَثَ عندَ المشتري وما لا) يثبُتُ به الرَّدُّ عليه (فلا) يمنَعُ الرَّدَّ إذا حدَثَ عندَ المشتري (إلا في الأقَلِّ) (٥) فيمنَعُ الرَّدَّ ، وإنْ كان لا يُثبتُه كالثُّيُوبَةِ في أوانِها فإنَّه لا يرُدُّ بها مع أنَّه

---

(١) (قوله : فإنْ أخَّرَ بطَلَ الرَّدُّ والأرشُ) لَم يُفرِّقوا هنا بين مُدَّعي الجهلَ بفوريَّةِ الإعلامِ بالعيب الحادِثِ وغيرِه ، وينبَغي أنْ يُصدَّقَ في ذلك ، وقال الأذرَعيُّ : إنه الظَّاهِرُ كما لو ادَّعَى الجهلَ بفوريَّةِ الرَّدِّ هنا أولى بالقبولِ ، لأنَّه لا يعرِفُه إلا الفُقَهاءُ منه إلا أنْ يكونَ مِمَّن لا يخفى مِثلُه عليه .

(٢) (قوله : إلا أنْ يكونَ الحادِثُ سَريعَ الزَّوالِ إلخ) قال الأذرَعيُّ : وألحَقَ القاضي أبو الطَّيِّب بذلك الأمَةَ الحامِلَ ، فجُوِّزَ له إمساكَها إلى الوضعِ ثم يرُدُّها إنْ لَم تُنقِصه الوِلادَةُ .

(٣) (قوله : وجَزَمَ به في الأنوارِ) وهو الأصحُّ .

(٤) (قوله : فرعٌ ما ثَبَت به الرَّدُّ على البائِعِ إلخ) كأنِ اشترَى عبدًا صَغيرًا فوجَدَه غيرَ مَختونٍ فلو ترَكَه حتى كَبِرَ ثم اطَّلَعَ على عَيبٍ قَديمٍ لَم يكُن له الرَّدُّ .

(٥) (قوله : إلا في الأقَلِّ) في الشِّقِّ الثاني منه وكَتَبَ لو اشترَى عبدًا مُسلِمًا أو كِتابيًّا فتمَجَّس عندَه ثم اطَّلَعَ على العيب فلا رَدَّ له فعَيبُ التمَجُّسِ لا يُرَدُّ به على البائِعِ ويُمنَعُ الرَّدُّ ، ويتلَخَّصُ من هذا العيبُ المانِعُ من الرَّدِّ هو المُنقِصُ لِلقيمَةِ عن وقت البيعِ أو العينِ وأنَّ العيبَ الموجِبَ لِلأرشِ هو المُنقِصُ لِلقيمَةِ عن وقت البيعِ ولا نَظَرَ إلى العينِ بدَليلِ أنَّه لو خَصاه لَم يجِب به شيءٌ فصارَت العُيوبُ ثَلاثةَ أنواعِ القديمَ والحادِثَ الموجِبَ لِلأرشِ ولِكُلٍّ واحدٍ واحدٌ وعلى هذا لا يُستثنَى شيءٌ .

لو اشترى بكْرًا فوطِئَها امتنَعَ الرَّدُّ وكوُجودِ العبدِ غيرِ قارِئٍ أو عارفٍ لِصَنْعَتِه فإنَّه لا يرُدُّ به مع أنَّه اشتراه قارئًا أو عارفًا لِصَنعَةٍ فنَسي القُرآنَ أو الصَّنعَةَ امتنَعَ الرَّدُّ ، وهذِه في الأصلِ ، وقد أخَذَ المصنفُ في بَيانِ صورٍ يتَّضِحُ بها ما ذَكرَه من الشِّقَّيْنِ، فقال : **(فوطءُ المشتري الثَّيِّبَ لا يمنَعُ الرَّدَّ بالعيب)** القَديمِ **(وإنْ حرَّمَها)** بوطئِه **(على البائعِ لكونِ المشتري ابنَه)** أو أباه لأنَّ القيمَةَ لم تنقُص بذلك ، ولا يخفى أنَّ الوطءَ ليس المقصودَ بل المقصودُ التحريمُ فكان الأولى أن يقولَ فتحريمُ الأمَةِ الثَّيِّب بوطئها على البائعِ لا يمنَعُ الرَّدَّ كما لا يُثبتُه **(وكذا)** لا يمنَعُه **(إرضاعٌ يُحَرِّمُ الصَّغيرَةَ عليه)** أي البائعِ كأنْ ارتضَعَتْ من أُمِّه أو ابنَتِه في يدِ المشتري ثُم عَلِمَ بالعيب **(بخِلافِ التزويجِ)** أيْ تزوِيجِ المشتري الأمَةَ قبلَ عِلمِه بالعيب فإنَّه يمنَعُ الرَّدَّ لِنَقْصِه القيمَةَ .

(فإنْ عَلَّقَ الزَّوْجُ طَلاقَها بالرَّدِّ فردَّها قبلَ الدُّخولِ جازَ الرَّدُّ) لِزَوالِ المانِع به ولـم تخلُفه عِدَّةٌ كذا نَقَله الأصلُ عن الرُّويانيِّ ، والرُّويانيُّ نَقَله عن والِدِه ثُم قال : ويُحتمَلُ مَنعُ الرَّدِّ (١) لِمُقارَنَةِ العيبِ له ، قال السُّبكيُّ : وفي ذِهْني من كلامِ غيرِه ما يُعَضِّدُه ، وألحَقَ الإسنَويُّ بما نَقَله الأصلُ تزويجَها من البائعِ لأنَّه بالرَّدِّ ينفسِخُ النِّكاحُ ، قال : ولم أرَه مَسطورًا قُلت قد رَأيته مَسطورًا في التتِمَّةِ وذكرَ أنَّه يمتنِعُ فيه الرَّدُّ لِمُقارَنَةِ العيبِ له ، ونَقَله عنها السُّبكيُّ ثُم قال : وقد يُرَتَّبُ ذلك على أنَّ العِلَّةَ مع المعلُولِ (٢) فيرُدُّ أو قبله ، فوجهانِ أحدُهما مَنعُ الرَّدِّ لِما مَرَّ قال الرُّويانيُّ : ولأنَّ الزَّوْجَ قد يمُوتُ عَقِبَ الرَّدِّ فيلزَمُها عِدَّةُ الوفاةِ (٣) ولا يقَعُ الطَّلاقُ على المذهَب الصَّحيحِ أيْ لِمُصادَفتِه البينُونَةَ فيُؤَدِّي الرَّدُّ إلى إلحاقِ الضَّرَرِ به والثاني : يرُدُّ لِزَوالِ المانِعِ بالرَّدِّ ، ولأنَّ الزَّوْجيَّةَ في مِثلِ ذلك لا تُعَدُّ عَيبًا والأقوى المنعُ لِما قاله الرُّويانيُّ انتهى . ومِثلُها مَسألَةُ المتولِّي إذْ لا فرقَ بينهما . **(وإقرارُ العبدِ)** على نفسِه في يدِ

---

(١) (قوله : ثم قال ويُحتمَلُ مَنعُ الرَّدِّ إلخ) قال الإسنَويُّ : والتوقُّفُ ضعيفٌ لأنَّ المعنَى المُقتضي لِلامتناعِ تضَرُّرُ البائعِ به وهو غيرُ موجودٍ وبتقديرِ صِحَّته فيصْلُحُ التصويرُ بما إذا قال فأنت طالِقٌ قبله .

(٢) (قوله : ثم قال وقد يترتَّبُ ذلك على أنَّ العِلَّةَ إلخ) والمعلولَ قال الأكثرُ يُقارِنُ عِلَّته زمانًا ، والمُختارُ - وِفاقًا لِلشيخِ الإمامِ - يتعَقَّبُه مُطلَقًا ، وثالِثُها إن كانت وضعيَّةً لا عَقليَّةً ، أمَّا الترتُّبُ رُتبةً فوِفاقٌ .

(٣) (قوله : فيلزَمُها عِدَّةُ الوفاةِ) أي بناءً على أنَّ البائِنَ تنتقِلُ إلى عِدَّةِ الوفاةِ وهو رَأيٌ مَرجوحٌ .

المشتري (بدَينِ مُعامَلَةٍ لا يمنَعُ الرَّدَّ) بالعيب القَديم (وكذا) إقرارُه بدَينِ (إتلاف) لا يمنَعُه (إلا إنْ صَدَّقَه المشتري) فيه فيمنَعُه (وعَفوُ المجنيِّ عليه) عندَ التصديقِ (كزَوالِ العيبِ الحادِثِ) فيمنَعُ الرَّدَّ بعدَ أخذِ أرشِ القَديمِ أو بعدَ حُكمِ الحاكِمِ به ويجوزُ قبلهما ولو بالتراضي على أخذِ الأرشِ .

(فرعٌ) : لو (حدَثَ) بالمبيعِ (عَيبٌ مِثلَ القَديمِ) كبَياضٍ قَديمٍ وحادِثٍ في عَينِه (ثُم زالَ أحدُهما وأشكَلَ) الحالُ واختلَف فيه العاقِدانِ فقال البائِعُ : الزَّائِلُ القَديمُ فلا رَدَّ ولا أرشَ ، وقال المشتري بل الحادِثُ فلي الرَّدُّ (حلفا) أيْ كُلٌّ منهما على ما قاله (وسَقَطَ الرَّدُّ) [1] بحَلِفِ البائِعِ (ووجَبَ للمُشتري) بحَلِفِه (الأرشُ) وإنَّما وجَبَ له مع أنَّه إنَّما يدَّعي الرَّدَّ لِتعَذُّرِ الرَّدِّ (وإنَّ) الأولى فإنْ (اختلَفا في قدرِه وجَبَ الأقَلُّ) لأنَّه المتيقَّنُ (ومَن نَكلَ) منهما عن اليمينِ (قَضَى عليه) كما في نَظائِرِه .

(فرعٌ : لو اشترَى) رِبَوِيًّا بجِنسِه كأَنْ اشترَى (حُلِيَّ ذَهَبٍ) أو فِضَّةٍ (بوزنِه ذَهَبًا) أو فِضَّةً (فبانَ مَعيبًا وقد حدَثَ عندَه عَيبٌ فُسِخَ) هو على ما اقتضاه كلامُه [2] كأَصلِه وغيرِه أو هو أو البائِعُ أو الحاكِمُ كما في الفسخِ في التحالُفِ على ما اقتضاه كلامُ الإمامِ أو الحاكِمِ على ما نَقَله السُّبكيُّ وغيرُه عن الشيخِ أبي حامِدٍ [3] وصاحِبِ العُدَّةِ وغيرِهما ، لكن استبعَدَه السُّبكيُّ [4] بأنَّ هذا رَدُّ عَيبٍ لا دَخلَ للحاكِمِ فيه ، ومالَ الزَّركشيُّ إلى كلامِ الإمامِ ، والأوجَه الأولُ [5] ؛ لأنَّه رَدٌّ بعَيبٍ ولا تحالُف فيه حتَّى يفسَخَ البائِعُ أو الحاكِمُ (ورَدَّه) أيِ الحُليَّ (بأرشِ الحادِثِ) ولا رِبا لأنَّ الحُليَّ في مُقابَلَةِ الثمَنِ وهما مُتماثِلانِ ، والعيبُ الحادِثُ مَضمُونٌ عليه

---

(١) (قوله : حَلَفا وسَقَطَ الرَّدُّ إلخ) وكذا لو نَكلا .

(٢) (قوله : هو على ما اقتضاه كلامُه) كأصلِه وغيرِه وهو الأصحُّ .

(٣) (قوله : عن الشيخِ أبي حامِدٍ) وصاحِبِ العُدَّةِ وغيرِهما من القائِلينَ بأنَّ الفسخَ في التحالُفِ مُختصٌّ بالحاكِمِ وهو رَأيٌ مَرجوحٌ وإنْ عُزِيَ إلى تصحيحِ الأكثرينَ .

(٤) (قوله : لكنِ استبعَدَه السُّبكيُّ) أي وغيرُه .

(٥) (قوله : والأوجَه الأوَّلُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) : لو اشترَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خَمرًا ثم أسلَما أو البائِعُ فقطْ ثم عَلِمَ المُشتري عَيبَها استرَدَّ بعضَ الثمَنِ إنْ شاءَ ولا يرُدُّها وإنْ رَضِيَ البائِعُ فإنْ تخَلَّلَتْ فله استردادُها وإنْ أسلَمَ المُشتري فقَطْ رَدَّها .

كعَيْب المأخوذِ على جِهَةِ السَّوْمِ ، (ولو) كان الأرشُ (من جِنْسِه) أي الحُليّ فإنَّه يجوزُ رَدُّه بالأرشِ إذ لو امتنعَ الجِنْسُ /لامتنعَ غيرُه لأنَّه بيعُ رِبَوِيٍّ بجِنْسِه مع شيءٍ آخَرَ ، ولو كان الحادِثُ يُنقِصُ الوزنَ غَرِمَ زِنَتَه وردَّ قاله الزَّركشيُّ ، وظاهِرٌ أنَّ مَحَلَّه إذا لم يُنقِصْ مع ذلك القيمَةَ (ولا يُمسِكُ) الحُليَّ (ويأخُذُ الأرشَ) عن العيْب القَديمِ إذ لو أخَذَه لَنَقَصَ الثَّمَنُ فيصيرُ الباقي منه مُقابلا بأكثَرَ منه وذلك ربًا . ٧٠/٢

(ولو عَلِمَ به) أيْ بالعيْب (المشتري بعدَ تلَفِ الحُليّ فسَخَ) بخِلافِ نَظيرِه في غيرِ الرِّبَوِيِّ لأنَّه هنا لا يُمكِنُه أخذُ الأرشِ عن القَديمِ ولا سَبيلَ إلى إسقاطِ حَقِّه ففسَخَ (واستردَّ الثَّمَنَ) من البائعِ (وغَرِمَ) له (القيمَةَ) أيْ قيمَةَ الحُليِّ ولا يُمسِكُها ويأخُذُ الأرشَ للرِّبا كما مَرَّ في الحُليِّ آنِفًا فلو أخَّرَ عنه قوله ولا يُمسِكُ ويأخُذُ الأرشَ لَشمِلهما ، قال ابنُ يُونُس : ومَحَلُّ ما ذُكِرَ إذا كان العيْبُ بغيرِ غِشٍّ وإلا فقد بانَ فسادُ البيعِ لاشتِمالِه على رِبا الفضلِ ، واعترَضَ ابنُ الرِّفْعَةِ على تعبيرِ الرَّافعيِّ ومَنْ وافقَه بالقيمَةِ بأنَّ الحُليَّ مِثليٌّ فلا وجهَ لِذِكْرِها قال الزَّركشيُّ : وقد يُجابُ بأنَّ العيبَ قد يُخرِجُه عن كوْنِه مِثليًّا على أنَّ صاحِبَ الشامِلِ عَبَّرَ بقولِه يغْرَمُ المِثلَ (١) والقيمَةَ إنْ لم يكنْ له مِثلٌ ، وهو الصَّوابُ انتهى ، وسيأْتي في الغصْب إيضاحُ ذلك .

(فرعٌ : وإنْ بانَ العيْبُ وقد أنعل الدّابَّةَ والنَّزعُ) لِلنَّعلِ (يعيبُها فنَزَعَ بَطَلَ حَقُّه من الرَّدِّ والأرشِ) لِقَطعِه الخيارَ بتعييبه بالاختِيارِ (وإنْ سَلَّمَها بنَعلِها أُجبِرَ البائعُ على قَبولِ النَّعلِ) إذ لا مِنَّةَ عليه فيه ولا ضَرَرَ وليس للمُشتري طَلَبُ قيمَتِها فإنَّها حَقيرَةٌ في مَعرِضِ رَدِّ الدّابَّةِ (فلو سَقَطَتِ استرَدَّها) المشتري لأنَّ تركَها إعراضٌ لا تمليكٌ (وإنْ لم يعِبْها نَزعُها لم يُجبَرْ) أيِ البائعُ (على قَبولِها) بخِلافِ الصُّوفِ يُجبَرُ على قَبولِه كما قاله القاضي ، لأنَّ زيادَته تُشبه زيادَةَ السِّمنِ بخِلافِ النَّعلِ فينزِعُها ، والفرقُ بين نَزْعِها هنا والإنعالُ في مُدَّةِ طَلَبِ الخصمِ أو الحاكِمِ أنَّ ذاك اشتِغالٌ يُشبه الحملَ على الدّابَّةِ ، وهذا تفريغٌ وقد ذكَرَ القاضي أنَّ اشتِغاله بجَزِّ الصُّوفِ (٢) مانعٌ من الرَّدِّ بل يرُدُّ ثُم يجُزُّ .

---

(١) (قوله : عَبَّرَ بقولِه يغرَمُ المِثلَ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (وقولُه وقد ذكرَ القاضي أنَّ اشتغاله بجَزِّ الصُّوفِ إلخ) الفرقُ بين نَزعِ النعلِ وجَزِّ الصُّوفِ واضِحٌ .

(فرعٌ : وإنْ صَبَغَ) المشتري **(الثَّوبَ أو قَصَّرَه فزادَتْ قيمَتُه)** ثُمّ عَلِمَ العيْبَ **(فإنْ سَمَحَ)** للبائِعِ **(بالصَّبغِ)** مَثَلا **(صارَ مِلْكًا للبائِعِ)** لأنَّه صِفةٌ لِلثَّوب ولا تُزايِلُه **(بخِلافِ النَّعلِ)** فلا يملِكُها البائِعُ كما مَرَّ **(ولو رَدَّ)** المشتري **(الثَّوبَ وطَلَبَ قيمَةَ الصَّبغِ** [١] **أو)** رَدَّه **(ليبقَى شريكًا)** للبائِعِ **(بالصَّبغِ)** ولم يرضَ البائِعُ **(لم يجِبْ إليه ، و)** لكنْ **(له الأرشُ)** عن العيْب فالمجابُ فيهما البائِعُ ، واستُشْكِلَ حُكمُ الثّانيةِ بنَظيرِها من الفلَسِ والغصْب حَيْثُ جعَلُوا المفْلِسَ والغاصِبَ شريكَيْنِ للمَردودِ عليه بالصَّبغِ ، وأُجيبُ بأنَّ الفلِسَ والغاصِبَ مَقهورانِ على الرَّدِّ فلا وجهَ لِتضْييعِ حَقِّهما بخِلافِ المشتري هنا فإنَّه المختارُ لِلرَّدِّ فلا يستفيدُ باختيارِه الشركةَ **(ولو طَلَبَ المشتري أرشَ العيْب ، وقال البائِعُ رُدَّ الثَّوبَ لأَغرَمَ لَك قيمَةَ الصَّبغِ أُجيبَ البائِعُ وسَقَطَ أرشُ المشتري)** عن العيْب كعَكْسِه ، السّابقِ واستُشْكِلَ ذلك بما مَرَّ [٢] من أنَّ المشتري إذا طَلَبَ التقريرَ وأرشَ العيْب القَديمِ وطَلَبَ البائِعُ الفسخَ وأرشَ الحادِثِ ، يُجابُ المشتري ، وأُجيبُ بأنَّ هذِه [٣] ليستْ نَظيرَ مَسألَتِنا وإنَّما نَظيرُهما أنْ لا يغرَمَ المشتري شَيْئًا بأنْ يطلُبَ البائِعُ الرَّدَّ بدونِ أرشِ الحادِثِ وهذِه لا يُجابُ فيها المشتري بل البائِعُ كما في مَسألَتِنا هذا كُلُّه إذا لم يُمكِنْ فصْلُ الصَّبغِ بغيرِ نَقْصٍ في الثَّوب فإنْ أمكنَ فصْلُه بغيرِ ذلك فصَله ورَدَّ الثَّوبَ كما اقْتضاه تعليلُهم ، وصرّحَ به الخوارِزميُّ وغيرُه ، والمعنَى يرُدُّ ثُمّ يفصِلُه نَظيرَ ما مَرَّ في الصُّوفِ .

(فرعٌ : وما مَأكولُه في جوْفِه كالرُّمّانِ) [٤] والبطِّيخِ والجوْزِ واللوْزِ **(إذا**

---

(١) (قوله : ولو رَدَّ الثوب وطَلَبَ قِيمَةَ الصَّبغ إلخ) لو كانَ غَزْلا فنَسَجه ثم رَأى به عَيْبًا قَديمًا فله الأرشُ فإنْ رَضِي البائِعُ بعَيْبِه ، فقولانِ أحدُهما يُخيَّرُ المُشتري بين رَدِّه مَنسوجًا ولا أجرَ له وبين إمساكِه مَعيبًا لأنَّ النسجَ أثرٌ لا عَيْنٌ ، والثاني وصحَّحه الرُّويانيُّ يُخيَّرُ البائِعُ بين بَذْلِ أُجرَةِ النسجِ وأخذه وغَرامَةِ الأرشِ لأنَّ النسجَ عملٌ مُقابَلٌ بعِوضٍ . اهـ . وأظهَرُهما ثانيهما .

(٢) (قوله : واستشكلَ ذلك بما مَرَّ إلخ) وهنا أولى لأنَّ في إجابةِ البائِع إخراجَ عَيْنٍ من مِلكِ المُشتري قَهْرًا .

(٣) (قوله : وأُجيبُ بأنَّ هذه إلخ) وأيضًا الصَّبغُ ليس بمانِعٍ من الرَّدِّ بخلافِ حُدوثِ العيب وذلك لأنَّ الصَّبغَ كَزيادَةِ العيْنِ بسِمَنٍ وتعَلُّمِ صَنعَةٍ .

(٤) (قوله : فرعٌ وما مَأكولُه في جَوفِه إلخ) كلامُه قد يوهِمُ أنَّه لو اشترَى شيئًا كَثيرًا مِمّا مَثَّلَ به وكَسَرَه كُلَّه أو قَوَّرَه كان الحُكْمُ كما ذكرَه ، قال الأذْرَعيُّ :وينْبَغي أنَّه إذا كَسَرَ بَيْضَةً أو جَوزَةً أو بطِّيخَةً فوجَدَها مَعيبةً أنْ لا يتجاوزَها إلى غيرِه لِلوُقوفِ على العيب بذلك لأنَّ الزِّيادَةَ عليه ....=

كسَرَه) المشتري **(كسرًا لا يُعرَفُ عَيْبُه)** القَديمُ **(بدونِه فله رَدُّه)** ولا يمنَعُ منه ما حدَثَ لِعُذْرِه في تعاطيه لاستِكْشافِ العيْب كما في المصراةِ ولا أرشَ عليه بسَبَبه لِذلك ، وكأنَّ البائِعَ بالبيعِ سَلَّطَه عليه **(وإلا)** أيْ وإنْ كسَرَه كسرًا يُعرَفُ العيْبُ بدونِه **(فهو عَيبٌ حادِثٌ)** يمنَعُ الرَّدَّ لانتِفاءِ عُذْرِه **(وما خرج)** من المبيعِ **(فاسِدًا لا قيمَةَ له كبيضِ غيرِ النَّعامِ المذَرِ)** والبطِّيخِ الشديدِ التغيُّرِ **(بَانَ فسادُ البيعِ)** فيه لِوُرودِه على غيرِ مُتقَوِّمٍ **(فيختصُّ البائِعُ بالقُشورِ)** كما يختصُّ المشتري بجَميعِ الثَمَنِ ويلزَمُه تنظيفُ المكانِ منها لاختِصاصِها به ، قال الزَّركشيُّ : وينبَغي أن يكونَ مَحَلُّه إذا لم ينقُلْها المشتري وإلا فيلزَمُ بنَقلِها قَطعًا **(وتُعرَفُ حُمُوضَةُ البطِّيخِ بالغرزِ)** لِشيءٍ فيه فتقويرُه يمنَعُ الرَّدَّ ، وكذا التقْويرُ الكبيرُ إذا أمكنَ مَعرفتُها بالصَّغيرِ **(ولا يُعرَفُ تدْويدُه إلا بالتقْويرِ وقد يحتاجُ)** في مَعرِفتِه **(الشَّقَّ)** أيْ إليه **(ولا بُدَّ)** في مَعرفةِ عَيْب الجوْزِ **(من كسرِ الجوْزِ)** ومِثلُه اللوْزُ ونَحوُه **(وقد تكْفي اللقْلَقَةُ)** وفي / نُسخَةٍ القَلْقَلَةُ وهي بمَعناها **(في)** مَعرفةِ عَيْب **(البيضِ)** وتقَدَّمَ أنَّ الحُمُوضَةَ في الرُّمَّانِ ليستْ عَيْبًا ، فلو شرَطَ فيه الحلاوةَ فبانَ حامِضًا بالغرزِ رُدَّ أو بالشقِّ فلا . ٧١/٢

(فرعٌ : إذا اشترَى) ثَوْبًا **(مَطويًّا** [١] **وقد جَعَلُوه من صورِ بيعِ الغائِب)** وقَضيَّتُه أنَّه لا يصِحُّ بيعُه فيُخالِفُ ما قالُوه هنا مِمَّا يأتي **(ولَعَلَّه)** وفي نُسخَةٍ فلَعَلَّه أيْ ما قالُوه هنا فيما إذا **(سَبَقَتْ رُؤْيتُه أو طُوِيَ طاقَيْنِ وهو مِمَّا لا يختلِفُ)** وجهاه ككِرناسٍ لِما مَرَّ أنَّ رُؤْيةَ أحدِ وجهَيْه كافيةٌ **(أو نُشِرَ مَرَّتيْنِ)** مَرَّةً قبلَ البيعِ ومَرَّةً بعدَه بفعلِ المشتري **(للحاجَةِ فنَقَصَ بالنَّشرِ المطلعِ على العيْب)** في الصُّورِ الثَّلاثِ **(فله الرَّدُّ بلا أرشٍ)** للعَيْب الحادِثِ لِما مَرَّ في الفرعِ قبله **(ومُؤْنَةُ الطَّيِّ عليه)** إنْ لم يُحسِنْ طَيَّه ، والصُّورَةُ الثَّالِثةُ في كلامِه داخِلَةٌ في الأُولى [٢] ، ولفظَةُ للحاجَةِ من زيادَتِه وهي مُضِرَّةٌ [٣] .

= إحداثُ عَيْبٍ بعدَ الوُقوفِ على العيْب القديمِ ، لكنْ قولُه فإنْ أمكَنَ الوُقوفُ على ذلك الفسادِ بأقلَّ من ذلك الكَسرِ يدُلُّ على ما ذكرناه ثم رَأيت الشاسيَّ قال في المُعتمَدِ : إنه يُمكِنُه مَعرفةُ العيْب بأنَّه يفتحُ منه واحدَةً .

(١) (قوله : فرعٌ إذا اشترَى مَطويًّا إلخ) ونَشَرَه وعَلِمَ عَيْبًا لا عِلمَ إلا به .

(٢) (قوله : داخلَةٌ في الأُولى) هي أخَصُّ من الأُولى لِتعَدُّدِ النشرِ فيها .

(٣) (قوله : من زيادَته وهي مُضِرَّةٌ) هي زيادَةٌ حَسَنَةٌ لِتعليلِ النشرِ الثاني .

(فصْلٌ : لا يُفرَدُ بعضُ المبيعِ في صَفقَةٍ بالرَّدِّ بالعيبِ قَهرًا) وإنْ زالَ الباقي عن مِلكِه (فلو باعَ بعضَه ثُم وجدَ العيبَ لم يرُدَّ) قَهرًا لِما فيه من تشقيصِ البائعِ عليه (ولا أرشَ) له للباقي ولا لِلزَّائِلِ (لِعَدمِ اليأسِ) من الرَّدِّ ، وقيلَ له الأرشُ الباقي لِتعذُّرِ الرَّدِّ ، ولا ينتظِرُ عَوْدَ الزَّائِلِ ليرُدَّ الكُلَّ كما لا ينتظِرُ زَوالَ العيبِ الحادِثِ ، وصحّحه في أصلِ الرَّوْضَةِ تبعًا لِنَقلِ الرَّافعيِّ له عن تصْحيحِ التهذيب وهو ضَعيفٌ ، لأنَّه إنَّما يأتي على التعليلِ باستِدراكِ الظُّلامَةِ لا بعَدمِ اليأسِ ، وأمَّا تعَذُّرُ الرَّدِّ فإنَّما هو في الحالِ فهو كما لو باعَ الجميعَ فلا أرشَ له ، قال السُّبكيُّ وغيرُه : وهذا ظاهرُ نَصِّ المختصَرِ ، وهو الصَّحيحُ الذي صرّحَ به كثيرونَ وهو مُقتضَى التعليلِ باليأسِ [١] وما قالوه هو المعتمَدُ [٢] المفتى به ، وإنْ تبعَتِ الأصلَ في شرحِ البَهجَةِ ، فعُدولُ المصنفِ عَمَّا فيه إلى ما قاله حَسَنٌ مُتعَيِّنٌ ، وشَمِلَ قوله كغيرِه باعَ بعضَه [٣] ما لو باعَه للبائعِ فلا رَدَّ له [٤] ، وهو ما جَزَمَ به المتولِّي وصحّحه البَغَويّ وجَزَمَ به السُّبكيُّ في شرحِ المهذَّب في مَوْضِعٍ ثُم نَقَله عنهما ، وعَلَّله بأنَّه وقتُ الرَّدِّ لم يرُدَّ كما تملَّك ، وبه أفتيت لكنْ قال القاضي له الرَّدُّ على المذهَب إذْ ليس فيه تبعيضٌ على البائعِ واقتصَرَ الإسنَوِيُّ على نَقلِه عنه .

وكذا السُّبكيُّ في شرحِ المنهاجِ وفي شرحِ المهذَّب في مَوضِعٍ آخَرَ ثُم قال وينبَغي بناءُ ذلك على أنَّ المانِعَ الضَّرَرُ فيرُدُّ أو اتِّحادُ الصَّفقَةِ [٥] فيتخَرَّجُ على تفريقِها انتهى

---

(١) (وقولُه وهو مُقتضَى التعليلِ باليأسِ) لأنَّه يُمكِنُه رَدُّ الجميعِ ولو عادَ إليه ما باعَه وليس ذلك كالعيبِ الحادِثِ لأنَّ العيبَ هناكَ قائمٌ بالمبيعِ وهو مانِعٌ من الرَّدِّ ، والأصلُ عَدمُ زَوالِه بخلافِ بَيعِ بعضِ الصَّفقَةِ .

(٢) (قوله : وما قالوه هو المعتَمَدُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وشَمِلَ قولُه كغيرِه باعَ بعضَه) ما لو باعَه لِلبائعِ أو وهَبَه له ويلحَقُ بالبائعِ وارِثُه أو نحوُه .

(٤) (قوله : فلا رَدَّ له) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : أو اتِّحادُ الصَّفقَةِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) قال الزَّركَشيُّ : لو ماتَ مَن يستحِقُّ عليه الرَّدَّ وخَلَفَ ابنَينِ أحدُهما المُشتري هل له أنْ يرُدَّ على أخيه نَصيبَه الظَّاهرُ نَعَم ولو فسَخَ المُشتري في بعضِ العينِ فهل ينفسِخُ في الجميعِ كما في خيارِ المجلِسِ فيه نظَرٌ ، وقد ذكرَ الرَّافعِيُّ في بابِ تفريقِ الصَّفقَةِ أنَّه لو اشترَى عبدَينِ فخَرَجَ أحدُهما مَعيبًا ليس له إفرادُه بالرَّدِّ على الأظهَرِ ، ولو قال رَددت المعيبَ فهل يكونُ ذلك رَدًّا لهما وجهانِ أصحُّهما لا بل هو لَغوٌ ، وقولُه قال الزَّركَشيُّ : أشارَ إلى تصحيحِه .

ويُؤيِّدُ ما قاله القاضي ما نَصَّ عليه في الأُمِّ والبويطيِّ من أنَّ له الرَّدَّ فيما لا ينقُصُ بتبعيضِه وهو أحدُ وجهَينِ في الأصلِ حَيثُ قال : أمَّا ما لا ينقُصُ بالتبعيضِ كالحُبوب ، فوجهانِ [١] بناءً على أنَّ المانِعَ ضَرَرُ التبعيضِ أو اتِّحادُ الصَّفقَةِ **(وإذا اشترَى رَجُلانِ عبدًا من رَجُلٍ فلأحدِهما رَدُّ نَصيبه بالعيبِ)** لأنَّه رَدَّ جَميعَ ما مَلَكَ **(وتبطُلُ الشركةُ بينهما)** فيخلُصُ للمُمسِكِ ما أمسَكَ وللرَّادِّ ما استرَدَّ **(وإنْ ورِثاه)** أي ابنا المشتري مَثَلًا **(فليس لأحدِهما رَدُّ نَصيبه)** [٢] لاتِّحادِ الصَّفقَةِ ، ولهذا لو سَلَّمَ أحدُهما نِصفَ الثمَنِ لم يلزَم البائِعَ تسليمُ النِّصفِ إليه **(وإن اشترَى رَجُلانِ عبدًا من رَجُلَيْنِ فكُلٌّ)** منهما **(مُشترٍ من كُلٍّ)** من البائِعَيْنِ **(رُبعَ العبدِ)** لأنَّ ذلك أربعَةُ عُقودٍ فلِكُلٍّ أنْ يرُدَّ جميعَ ما اشتراه من كُلٍّ عليه **(وإن اشتراه ثَلاثةٌ من ثَلاثةٍ فكُلٌّ)** منهم **(مُشترٍ من كُلٍّ)** من البائِعينَ **(تُسعَه)** لأنَّ ذلك تِسعَةُ ، عُقودٍ فلِكُلٍّ أن يرُدَّ جَميعَ ما اشتراه من كُلٍّ عليه **(وإن اشترَى بعضَ عبدٍ فرَهَنَه ثُم بانَ مَعيبًا فاشترَى الباقي ثُم فدَى المرهونَ)** أيْ فكَّه **(فله رَدُّه)** لِزَوالِ المانِعِ **(فقط)** أيْ دون الباقي لأنَّه اشتراه عالِمًا بعَيبِه ، وتصويرُها بالرَّهنِ من زيادَتِه وهو مِثالٌ ، والضَّابطُ ما يتعَذَّرُ معه الرَّدُّ حالاً كبيعٍ وهبَةٍ ثُم يزولُ بعدَ شِراءِ الباقي.

(فصلٌ : وإن اختلَفا في حُدوثِه [٣] **وقِدَمِه بأنْ قال كُلٌّ)** للآخَرِ **(حدَثَ عندَك ودَعْواهما)** فيه **(مُمكِنَةٌ)**/ بأن احتمَلَ قِدَمُه وحُدوثُه كبَرَصٍ **(فالقولُ قولُ** ٧٢/٢

---

(١) (قوله : قال أمَّا مالا ينقُصُ بالتبعيضِ كالحُبوب فوجهانِ إلخ) صحَّحَ الإسنَوِيُّ والبُلقِينيُّ والأذرَعيُّ وغيرُهم أنَّ له الرَّدَّ تبَعًا لِلنَّصِّ .

(٢) (قوله : فليس لأحدِهما رَدُّ نَصيبه) لو اشترَى عبدَ رَجُلَينِ مَعيبًا فله رَدُّ نَصيب أحدِهما لأنَّ تعَدُّدَ البائِعِ يوجِبُ تعَدُّدَ الصَّفقَةِ ، ولِرَدِّ نَصيب أحدِهما فوائِدُ منها لو وفَّى حِصَّةَ أحدِهما من الثمَنِ لَم يُزاحِمه صاحِبُه فيها ، ومنها لو أفلَسَ المُشتري بعدَ ذلك أو مات لَم يكُنْ لِلشَّريكِ الذي لَم يستوفِ حِصَّتَه الرُّجوعُ على الشريكِ الآخَرِ بشيءٍ ، ومنه لو كان في زَمَنِ الخيارِ فزادَتْ في نَصيب أحدِهما زيادَةٌ كانتْ له دونَ صاحِبه .

(٣) (قوله : وإنِ اختلَفا في حُدوثِه إلخ) احترَزَ بقولِه في حُدوثِه عن زَوالِه كأنْ وجَدَ في عَينِ المبيعِ بَياضَةً مَثَلا وحَدَثَ عندَ المُشتري بَياضَةٌ قَريبةٌ منها وزالَتْ إحداهما واختلَفا فيها فيه ثَلاثةُ أوجُهٍ وفي الثالِثِ يتحالَفانِ فيستفيدُ البائِعُ بحَلِفِه عَدَمَ الرَّدِّ ويستفيدُ المُشتري طَلَبَ الأرشِ ، وفي فتاوى القفَّالِ أنَّه لو شَرَطَ كونَ العبدِ المبيعِ كاتبًا فمات عندَ المُشتري قبلَ أنْ يختبِرَه فالقولُ قولُ المُشتري بخلافِ دَعوى العيبِ عملا بالأصلِ فيهما .

البائعِ) بيمينِه (١) لأنَّ الأصلَ عَدَمُ العيْبِ (٢) ودَوامُ العقْدِ ولا يثْبُتُ بيمينِه حُدوثُ العيْبِ مُطلَقًا لأنَّها صَلحَتْ لِلدَّفعِ عنه (٣) فلا تَصْلُحُ لِشَغْلِ ذِمَّةِ المشتري فلو فُسِخَ البيعُ بعدَ ذلك بتحالُفٍ مَثَلا (٤) لم يكنْ له أرشُ العيْبِ ، وللمُشتري أن يحلِفَ الآنَ أنَّه ليس بحادِثٍ قاله القاضي والإمامُ والغزاليُّ : ولو ادَّعَى المشتري وُجودَ عَيْبينِ في يدِ البائعِ فاعترَف بأحدِهما وادَّعَى حُدوثَ الآخَرِ في يدِ المشتري كان القولُ قولَ المشتري لأنَّ الرَّدَّ يثْبُتُ بإقرارِ البائعِ بأحدِهما فلا يبطُلُ بالشكِّ قاله ابنُ القَطَّانِ (٥) وغيرُه ، ونَقَله ابنُ الأُستاذِ في شرحِ الوسيطِ عن النَّصِّ ، قال ابنُ الرِّفْعَةِ : ولا بُدَّ من يمينِ المشتري فإنْ نَكلَ لم تُرَدَّ على البائعِ ؛ لأنَّها إنَّما تُرَدُّ إذا كانت تُثبتُ للمَردودِ عليه حَقًّا له هنا ، نَعَم لا يثْبُتُ للمُشتري الرَّدُّ ، ونَظيرُه ما لو

---

(١) (قوله : فالقولُ قولُ البائعِ بيمينِه) على حَسَبِ جَوابِه لَفظًا ومَعنًى .

(٢) (قوله : لأنَّ الأصلَ عَدَمُ العيْبِ ودَوامُ العقدِ) يُؤخَذُ من هذا التعليلِ الثاني تصديقُ البائعِ فيما لو باعَ بشرطِ البراءَةِ من العُيوبِ وادَّعَى المُشتري حُدوثَه قبلَ القبضِ ليرُدَّ به وهو كذلك .

(٣) (قوله : لأنَّ يمينَه صَلَحَتْ إلخ) نَظِيرُه الوكيلُ إذا ادَّعَى دَفْعَ الثمَنِ إلى موكِّلِه صُدِّقَ بيمينِه فإذا حَلَف ثم ظَهَرَ المبيعُ مُستحَقًّا وغَرِمَ الوكيلُ لَم يرجع بالغُرمِ على موكِّلِه .

(٤) (قوله : فلو فسَخَ البيعَ بعدَ ذلك بتحالُفٍ مَثَلا إلخ) ولِذلك لو كان المبيعُ سالمًا من العيْبِ حَملا على تجَدُّدِ العيْبِ في يدِه لَم يكُن له ذلك وإنَّما يُغَرِّمُه قِيمَةَ المبيعِ مَعيبًا .

(٥) (قوله : قاله ابنُ القطَّانِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وجَعلَ ذلك قاعِدَةً حيثُ كان العيبُ يُثْبتُ الرَّدَّ فالمُصَدَّقُ البائعُ ، وحيثُ كان يُبطِلُه فالمُصَدَّقُ المُشتري وهو ظاهرٌ مُتَّجَهٌ ، وقال بعضُهم : إنه مُتعَيِّنٌ ، ويُستثنَى ما إذا وقَعَ الاختلافُ في القِدَمِ والحُدوثِ بعدَ الفسخ بالتحالُفِ ، فإنَّ القولَ قولُ المُشتري ذكرَه الغزاليُّ في الوسيطِ وابنُ يونُسَ في التعجيزِ ، وما إذا اشترَى شيئًا قد رَآه وهو غائِبٌ وأبرَأه من عَيْبه ثم ادَّعَى أنَّ العيْبَ زادَ فالقولُ قولُ المُشتري كما ذكرَه ابنُ الرِّفعَةِ والسُّبكيُّ وما إذا تقايلا ثم قال البائعُ - في عَيْبٍ يُحتمَلُ حُدوثُه وقِدَمُه على الإقالةِ - : كان عندَ المشتري ، وقال المُشتري كان عندَك قال جَلالُ الدِّينِ البُلقِينيُّ : أفتيت فيها بأنَّ القولَ قولُ المُشتري مع يمينِه لأنَّ الأصلَ بَراءَةُ الذِّمَّةِ من غُرمِ أرشِ العيْبِ ، وكَتبَ أيضًا الذي قاله مُتعَيِّنٌ عملا بالأصلِ في الموضِعَيْنِ واعترَضَ ابنُ العِمادِ فقال هذا كلامٌ مُتهافِتٌ وما قاله في المُطارَحاتِ فيه شُذوذٌ لأنَّا إذا صَدَّقنا المُشتري في عَدَمِ الحُدوثِ أثبَتنا الرَّدَّ وفي ذلك فسخُ العقدِ فلا يُصَدَّقُ وَيُصَدَّقُ البائعُ لِدَعواه مَضاءَ العقدِ ويوافِقُه الأصلُ فإنَّ كُلَّ حادِثٍ يُقَدَّرُ فيه أقرَبَ زَمانٍ ويغرَمُ أرشَ ما اعترَف بقِدَمِه لِلمُشتري . اهـ . وفيه نَظَرٌ بل ما ذكرَه ابنُ القطَّانِ حَسَنٌ ، وإنْ لَزِمَ من ثُبوت الرَّدِّ فسخُ العقدِ لأنَّ المُقتضي لِلرَّدِّ وهو العيْبُ القديمُ مُتَّفقٌ عليه والبائعُ يدَّعي حُدوثَ مانعٍ لِلرَّدِّ بعدَ وُجودِ مُقتضيه والمُشتري يُنكِرُه والأصلُ عَدَمُه .

دَفعَ إليه دابَّةً ثُم اختلَفا فقال الرَّاكِبُ : أعَرتنيها وقال المالِكُ بل آجَرتُكها ومَضَتْ مُدَّةٌ لِمثلِها أُجرَةٌ وصَدَّقنا المالك فنكَلَ عن اليمينِ لا تُرَدُّ انتهى .

أمَّا ما لا يُحتمَلُ حُدوثُه بعدَ البيعِ كأصْبُعٍ زائِدَةٍ وشَيْنِ شَجَّةٍ مُنْدَمِلَةٍ وقد جَرَى البيعُ أمسِ فالقولُ قولُ المشتري بلا يمينٍ ، وما لا يُحتمَلُ قِدَمُه كشَجَّةٍ طَرِيَّةٍ وقد جَرَى البيعُ والقبضُ من سَنَةٍ مَثَلًا فالقولُ قولُ البائعِ بلا يمينٍ .

(فإنْ قال) في جواب قولِ المشتري : إنَّ بالمبيعِ عَيْبًا كان قبلَ القبضِ وأُريدُ رَدَّه **(لا يلزَمُني الرَّدُّ)** أيْ قَبولُه أو لا تستحِقُّ الرَّدَّ عليَّ بهذا العيبِ أو إنِّي أقبضُه وما به عَيبٌ **(وحلَفَ كذلك)** أيْ كجوابه **(كفى)** لِمُطابَقَةِ الحلِفِ الجوابَ ، فلو أرادَ أنْ يحلِفَ في الأخيرَةِ على أنَّ المشتري لا يستحِقُّ الرَّدَّ عليه لم يتمَكَّنْ منه ، ولا يُكلَّفُ في الأولَيَيْنِ أنْ يتعَرَّضَ لِعَدَمِ العيبِ يوْمَ البيعِ ولا يوْمَ القبضِ لِجوازِ أنَّه أقْبَضَه مَعيبًا وهو عالِمٌ به أو أنَّه رَضِيَ به بعدَ البيعِ ولو نَطَقَ به صارَ مُدَّعيًا مُطالَبًا بالبَيِّنَةِ **(ولو تعَرَّضَ)** في الجواب **(لِنفيِ قِدَمِه نَفاه)** لُزومًا **(في اليمينِ)** ليُطابقَ الجوابَ وكذا في سائرِ أجوِبَةِ الدّعاوى **(بَتًّا)** فيحلِفُ لَقد بعته وما به هذا العيبُ **(لا عِلمًا)** أيْ لا نفي عِلمٍ فلا يكْفيه بعته وما أعلمُ به هذا العيبَ [١] **(وله الحلِفُ على البَتِّ اعتِمادًا على ظاهِرِ السَّلامَةِ إنْ لم يظُنَّ خِلافه)** وإنْ لم يختبرِ المبيعَ ولم يعلم خَفايا أمرِه .

(فرعٌ) لو **(اختلَفا في وُجودِ العيبِ أو في صِفةٍ هل هي عَيبٌ)** أو لا **(فالقولُ قولُ البائعِ)** بيمينِه لأنَّ الأصلَ عَدَمُ العيبِ ودَوامُ العقدِ ، هذا إذا لم يعرِف الحالَ من غيرِهما وإلا فحُكمُه ما ذكَره بقولِه : **(ولا يكْفي)** أيْ في مَعرِفةِ حالِه **(إلا قولُ عَدلَيْنِ عارِفيْنِ)** بذلك كما جزَمَ القاضي والمتولِّي والقَفَّالُ ، وقال في المطلَب : إنَّه القياسُ [٢] ، ....

(١) (قوله : فلا يكْفيه بعته وما أعلَمُ به هذا العيبَ) لأنَّه لا يجوزُ له الرَّدُّ بالعيب القديمِ وإنْ لم يعمَله .

(٢) (قوله : وقال في المطلَب : إنه القِياسُ) ويشهَدُ له ما قاله الشيخانِ في الدِّيات من أنَّه لا بُدَّ في ثُبوت الحملِ من قولِ عَدلَيْنِ من أهْلِ الخبرَةِ ، وقال أبو شُكيلٍ : هو الصَّوابُ ، وقال الأذرَعِيُّ إنه الأصحُّ وسَيأتي في الوصايا في المرَضِ المخوفِ أنَّه لا بُدَّ من شَهادَةِ اثنَيْنِ فإنَّ المشهودَ به المرَضُ وليس بمالٍ ا هـ وقد ذكروا أنَّ العيبَ في النّكاحِ لا يثبُتُ إلا بشَهادَةِ عَدلَيْنِ .

.... وقال البَغَوِيّ (١) يكفي واحِدٌ ولم يُرَجِّح الأصلُ شيئًا بل حَكَى الأولَ عن التتِمَّةِ والثاني عن التهذيب ، فبَيانُ الرَّاجِحِ من زيادَةِ المصنفِ ، ولو ادَّعَى البائِعُ عِلْمَ المشتري بالعيب أو تقصيرَه في الرَّدِّ فالقولُ قولُ المشتري ذَكرَه الأصلُ ، وقَيَّدَه الدّارِميُّ وغيرُه (٢) بما إذا كان مِثلُ العيب يخفى على المشتري أيْ عندَ الرُّؤْيةِ فإنْ كان لا يخفى كقَطعِ أنفٍ أو يدٍ فالقولُ قولُ البائِعِ : قال النَّوويُّ في فتاويه : لو رَضِيَ المشتري بعَيْبٍ ثُم قال : إنَّما رَضيت به لأنِّي اعتقدته العيبَ الفُلانيَّ وقد بانَ خِلافُه فإنْ أمكنَ اشتِباهه به وكان العيبُ الذي بانَ أعظَمَ ضَرَرًا فله الرَّدُّ وإلا فلا ولو
٧٣/٢ اشترى / شَيئًا رَأى فيه شَيئًا ثُم ظَهَرَ أنَّه عَيبٌ فقال ظَنَنْت أنَّه ليس بعَيْبٍ فإنْ كان مِمَّنْ يخفى عليه مِثلُه صُدِّقَ .

(فرعٌ) لو (اشترَى مَعيبًا وقبَضَه سَليمًا فلا (٣) رَدَّ) لأنَّ مَدارَ الرَّدِّ على التعَيُّب عندَ القبضِ (بل مَهما زالَ) العيبُ (قبلَ الرَّدِّ بطَلَ الخيارُ) لِزَوالِ مُقتضيه .

(فصلٌ : الفسخُ يرفعُ العقْدَ من حينِه (٤) لا من أصلِه) ولو قبلَ القبضِ لأنَّه لا يُسقِطُ الشُّفْعَةَ ، ولأنَّ العقْدَ لا ينعَطِفُ حُكْمُه على ما قبله فكذا الفسخُ .

(فرعٌ : وطءُ الثَّيِّب) أو الغوراءِ مع بَقاءِ بَكارَتِها من مُشترٍ أو غيرِه قبلَ القبضِ أو بعدَه (لا يمنَعُ الرَّدَّ) كما لا يمنَعُه الاستِخدامُ (إلا إنْ كان) الوطءُ (زِنًا) (٥) منها (ولو) كانَ الوطءُ فيه (من البائِعِ) لأنَّه عَيبٌ حادِثٌ (وافتِضاضُ

---

(١) (قوله : وقال البغَوِيّ) أي والفورانيُّ .

(٢) (قوله : وقَيَّدَه الدَّارِميُّ وغيرُه إلخ) هو صورَةُ المسألَةِ .

(٣) (قوله : لو اشترَى مَعيبًا وقبَضَه سَليمًا إلخ) لو اشترَى شيئًا قد عَرَف عَيْبَه ثم قال العيبُ أكثرُ مِمَّا قَدَّرته حَلَف أنَّه لَم يعرِف قدرَه يومَ رَآه والآنَ وقَف عليه أو حَلَف أنَّه زائِدٌ على ما عَرَفته رَدَّه قَهرًا .

(٤) (قوله : الفسخُ يرفعُ العقدَ من حينِه) المُرادُ بارتفاعِه من حينِه ارتفاعُ المِلكِ في المبيعِ فقَطْ دونَ زَوائِدِه وفوائِدِه .

(٥) (قوله : إلا إنْ كان زِنًا منها) قال الأذْرَعِيُّ : إلا أنْ تكونَ مَشهورَةً بالزِّنا بحيثُ لا تنقُصُ قِيمَتُها بهذه الزِّنْيةِ قاله القاضي حُسَيْنٌ في الرَّدِّ بالعيب وحينَئِذٍ فلا يكونُ عَيْبًا حادِثًا ، وقِيلَ أنَّه ذكره هنا أيضًا فيما إذا كانتْ مَعروفةً بالزِّنا واشتراها على ذلك وعلى قِياسِ هذا إذا ظَهَرَ عليه الإباقُ أو السَّرِقَةُ وقد حَدَثَ في يدِ المُشتري من جِنْسِ العيب السَّابقِ فالأمرُ على ما ذكرنا .

البكْرِ) بعدَ القبضِ (تعيِيبٌ) فيمنعُ الرَّدَّ (و) قبله (جِنايةٌ) على المبيعِ (فهو قبلَ القبضِ من البائِعِ هَدرٌ) فلا شيءَ عليه لأنَّ جِنايته كالآفةِ السَّماوِيَّةِ (ومن المشتري قبضٌ للبَكارَةِ فقط) فيستقِرُّ عليه من الثمَنِ بقدرِ ما نَقَصَ من قيمَتِها فإنْ قَبَضَها لَزِمَه الثمَنُ بكمالِه ، وإنْ تلِف قبلَ قبضِها لَزِمَه قدرُ النَّقصِ من الثمَنِ (ومن الأجنَبيِّ يُوجِبُ الأرشَ) إنْ كان افتِضاضُه بغيرِ وطءِ شُبهَةٍ (فإنْ كان بوطءِ شُبهَةٍ لَزِمَه مَهرُ بكرٍ) مِثلها بلا إفرادِ أرشٍ ويكونُ (للمُشتري إنْ أجازَ) [1] العقْدَ (وإلا فقدرُ الأرشِ منه) أيِ المهرِ (للبائِعِ لِعَوْدِها) إليه (ناقِصَةً) والباقي للمُشتري .

(فرعٌ : الزِّيادَةُ المتَّصِلَةُ) [2] بالمبيعِ (كالسِّمَنِ والتعَلُّمِ) لِقُرآنٍ أو غيرِه (تتبعُ الأصلَ في الرَّدِّ) لِعَدَمِ إمكانِ إفرادِها (والمنفصِلَةُ [3] كالأُجرَةِ والمهرِ) والكسب [4] (للمُشتري) لِما مَرَّ أنَّ الفسخَ يرفعُ العقدَ من حينِه لا من أصلِه ، ولأنَّ رَجُلا ابتاعَ من آخرَ غُلامًا فأقامَ عندَه ما شاءَ الله ثم وجَدَ به عَيبًا فخاصَمَه إلى النَّبيِّ ﷺ فرَدَّه عليه فقال : يا رَسولَ الله ، قد استعمَلَ غُلامي ؟ فقال : «الخراجُ بالضَّمانِ» رواه الترمِذيُّ وحَسَّنَه والحاكِمُ وصححه [5] ، ومَعناه أنَّ فوائِدَ المبيعِ للمُشتري في مُقابَلَةِ أنَّه لو تلِف كان من ضَمانِه وأورَدَ عليه المغصوبَ والمبيعَ قبلَ قبضِه فإنَّ كُلاًّ منهما لو تلِف تحت يدِ ذي اليدِ ضَمِنَه وليس له خَراجُه ، وأُجيبَ

---

(١) (قوله : لَزِمَه مَهرُ بكرٍ لِلمُشتري إن أجازَ إلخ) وإنْ مات قبلَ القبضِ قال القاضي الحُسَيْنُ : أرشُ البكارَةِ لِلبائِعِ وجهًا واحدًا كما لو قَطَعَ أجنَبيٌّ يدَها ثم ماتت في يدِ البائِعِ . ا هـ . وهو قَضيَّةُ التعليلِ بعَودِها إليه ناقِصَةً . ا هـ .

(٢) (قوله : فرعٌ الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ إلخ) إطلاقُه يقتضي أنَّه لا فرقَ في الزِّيادَةِ بين أنْ تكونَ في الثمَنِ أو في المُثَمَّنِ ولا في الفسخ بين أنْ يكونَ من البائِعِ أو المُشتري وهو كذلك كما دَلَّ عليه كلامُهم تصريحًا وتلويحًا ح كُلُّ ما لا يدخُلُ في البيعِ إذا حَدَثَ في مِلكِ المُشتري ثم رُدَّ بالعيب كان له .

(٣) (قوله : والمُنفصِلَةُ إلخ) عَينًا أو مَنفعَةً .

(٤) (قوله : والكَسبُ) وكورقِ التُّوت أو نحوِه .

(٥) حسن : رواه أبو داود (٣/٢٨٤) كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا ، حديث (٣٥١٠) ، وفيه القصة المذكورة ، ورواه الترمذي (٣/٥٨١) حديث (١٢٨٥) ، (١٢٨٦) بدونها . والحديث رواه أيضًا النسائي (٧/٢٥٤) حديث (٤٤٩٠) ، وابن ماجه (٢/٧٥٤) حديث (٢٢٤٣) .

عنهما بأنَّ الضَّمانَ هنا مُعتبرٌ بالمِلْكِ لأنَّه الضَّمانُ المعهودُ في الخبَرِ ووُجوبُ الضَّمانِ على ذي اليدِ فيما ذُكِرَ ليس لكونِه مِلْكه بل لِوضعِ يدِه على مِلْكِ غيرِه بطَريقٍ مُضَمَّنٍ ، وعن الثاني أيضًا بقَصْرِ الخبَرِ على سَبَبِه وهو فيما بعدَ القبضِ **(وكذا الولَدُ)** [١] المنفصِلُ **(الحادِثُ)** بعدَ العقْدِ فإنَّه للمُشتري فإنْ نَقَصَتِ الأُمُّ بالوِلادَةِ امتنَعَ الرَّدُّ كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ ، **(ويجوزُ التفريقُ بينهما)** أيْ بين الأمَةِ وولَدِها إنْ كان في سِنٍّ يحرُمُ فيه التفريقُ ولم تنقُصْ أُمُّه بالوِلادةِ **(بالرَّدِّ للحاجَةِ)** وتقَدَّمَ في آخِرِ المناهي إنَّ هذا وجهٌ وإنَّ الأصَحَّ المنصوصَ المنعُ ولا تصْحيحَ في الأصلِ هنا ، وعلى الأصَحِّ قالُوا يتعَيَّنُ الأرْشُ لأنَّ الرَّدَّ كالمأيُوسِ منه ، وفيه نَظَرٌ يُعرَفُ مِمَّا قَدَّمته [٢] فيما إذا باعَ بعضَ المبيعِ ووجَدَ به عَيْبًا .

(فرعٌ) لو **(اشترَى)** أمَةً أو بَهيمَةً **(حامِلا فوضَعَتْ فإنْ نَقَصَتْ بالوِلادَةِ ثُمَّ بانَتْ مَعيبَةً لم يكنْ له الرَّدُّ)** قَهرًا كسائِرِ العُيُوبِ الحادِثةِ ، نَعَم إنْ جَهِلَ الحمْلَ واستمَرَّ إلى الوضعِ فله الرَّدُّ لِما مَرَّ أنَّ الحادِثَ بسَبَبٍ مُتقَدِّمٍ كالمتقَدِّمِ نَبَّهَ عليه الإسنَوِيُّ وغيرُه [٣] **(وإلا)** أيْ وإنْ لم تنقُصْ بالوِلادَةِ **(رَدَّها)** لِوُجودِ المقتضي بلا مانِعٍ **(مع الولَدِ كثَمَرَةٍ)** لِشَجَرَةٍ اشتراها وثَمَرَتُها غيرُ مُؤَبَّرَةٍ ثُم **(أَبَّرَها)** هو أو غيرُه أو تأبَّرَتْ بنفسِها فإنَّها تُرَدُّ مع الشجَرَةِ بظُهورِ عَيْبٍ فيها **(لأنَّ الحمْلَ)** فيما ذُكِرَ **(يأخُذُ قِسطًا من الثَّمَنِ)** بناءً على أنَّه يُعلمُ **(فإنْ وضَعَتْه قبلَ القبضِ / فللبائِعِ حَبْسُه لاستيفاءِ الثَّمَنِ ولا يُباعُ قبلَ القبضِ)** ويسقُطُ من الثَّمَنِ بحِصَّتِه إنْ هَلَكَ قبلَ القبضِ **(كأَمَةٍ)** في الثّلاثِ بناءً على ما قُلْنا أمَّا إذا بانَتْ مَعيبَةً ولم تضَعْ بعدُ فيرُدُّها حامِلا كما عُلِمَ من كلامِه ، **(وإذا حَمَلَتْ)** بعدَ الشِّراءِ **(قبلَ القبضِ ورُدَّتْ** ٧٤/٢

---

(١) (قوله : وكذا الولَدُ إلخ) شَمِلَ ما لو وضعَتْ عندَ المُشتري ثاني التوأمَيْنِ دونَ الأوَّلِ .

(٢) (قوله : وفيه نَظَرٌ يُعرَفُ مِمَّا قَدَّمته إلخ) الفرقُ بينهما ظاهرٌ قال شيخُنا إذْ ما مَرَّ فيما كان المانِعُ من الرَّدِّ في نفسِ المبيعِ وما هنا إنَّما امتنَعَ لأمرٍ عارِضٍ خارِجٍ عنه .

(٣) (قوله : نَبَّهَ عليه الإسنَوِيُّ وغيرُه) اعترَضَ بأنَّ الصَّوابَ ما أطلَقَه الشيخانِ هنا من عَدَمِ الفرقِ بين حالَةِ العِلمِ وحالَةِ الجهْلِ وإنْ كان النقصُ هَهنا حَصَلَ بسَبَبٍ جَرَى عندَ البائِعِ وهو الحمْلُ ، والفرقُ بينه وبين القتْلِ بالرِّدَّةِ السَّابقَةِ أو القطعِ بالجِنايةِ السَّابقَةِ أنَّ النقصَ هَهنا حَصَلَ لِسَبَبِ مِلكِ المُشتري وهو الحملُ فكان مَضمونًا عليه ما نَقَصَ بالوِلادَةِ ، وأمَّا القتْلُ والقطعُ فلَم يحصُلا بسَبَبِ مِلكِ المُشتري ، وأيضًا فالحمْلُ يتزايدُ في مِلكِ المُشتري قبلَ الوضعِ فأشبَهَ ما إذا ماتَ عندَ المُشتري بمَرَضٍ سابقٍ فإنَّه لا يرجِعُ بالأرشِ .

بالعيب حامِلا فالولَدُ للمُشتري) لِحُدوثِه في مِلْكِه بخِلافِ نَظيرِه في الفلَسِ فإنَّ الولَدَ للبائعِ ، ويُفرَّقُ بأنَّ سَبَبَ الفسخِ ثَمَّ نَشَأ من المشتري [١] وهو تركُه توْفيةَ الثَّمَنِ وهنا من البائعِ وهو ظُهورُ العيبِ [٢] الذي كان مَوْجودًا عندَه ثُم رَأيْت مَن فرَّقَ بذلك وبما فيه نَظَرٌ ، وإذا قُلْنا الحمْلُ هنا للمُشتري قال الماورديُّ وغيرُه : فله حَبْسُ أَمَةٍ حتّى تضَعَ [٣] **(وكذا)** إذا حَمَلَتْ به **(بعدَ القبضِ)** يكونُ للمُشتري لِما مَرَّ **(لكنَّ حَمْلَ الأمَةِ بعدَ القبضِ يمنَعُ الرَّدَّ كُرهًا)** لِما مَرَّ أنَّ الحملَ فيها عَيْبٌ **(وكذا)** يمنَعُ الرَّدَّ **(غيرُها)** أيْ حَمْلُ غيرِها بعدَ القبضِ **(إنْ نَقَصَ به)** كسائرِ العُيُوبِ الحادِثةِ .

(وإنْ أطلَعَتِ النَّخلَةُ في يدِه فرَدَّها) بعَيْبٍ **(فلِمَنْ)** يكونُ **(الطَّلْعُ وجهانِ)** أحدُهما للبائعِ تبعًا لِلنَّخلَةِ ، وثانيهما للمُشتري ، وصحّحه الخوارزميُّ ، قال الزَّركشيُّ وهو الأقْرَبُ [٤] لأنَّه كالولَدِ المنفصِلِ ، والأنسَبُ أنْ يقولَ كالحملِ **(والصُّوفُ الموْجودُ عندَ العقْدِ يُرَدُّ مع الأصلِ)** وإنْ جُزَّ لأنَّه من المبيعِ **(وكذا الحادِثُ)** منه **(بعدَه)** أيِ العقْدِ يُرَدُّ تبعًا **(ما لم يُجَزَّ)** فإنْ جُزَّ لم يُرَدَّ كالولَدِ المنفصِلِ بل قياس

---

(١) (قوله : ويُفرَّقُ بأنَّ سَبَبَ الفسخِ ثَمَّ نَشَأ من المُشتري إلخ) الثاني أنَّ مِلكَ المُفْلِسِ على العيْنِ غيرُ مُستقِرٌّ لأنَّه لَم يقبض الثمَنَ بخلافِ المُشتري الذي لَم يُحجَر عليه ، الثالِثُ أنَّ رُجوعَ البائِعِ في الفلَسِ قَهريٌّ بسَبَب زَوالِ المُقابلِ بخلافِ الشِّراءِ والرَّدِّ بالاختيارِ والقهريُّ يُستتْبَعُ بخلافِ غيرِه ، الرَّابعُ أنَّا لو قُلنا يرجعُ في الأمِّ دونَ الحملِ لكنَّا قد حَجَرنا على البائِعِ في مِلكِه لأنَّه لا يُمكِنُه بَيْعُ الأمِّ حتى تضعَ الحملَ ؛ لأنَّه لا يصِحُّ بَيْعُ الحامِلِ بحَمْلِ الغيرِ لِعَدَمِ إمكانِ التوزيعِ بخلافِ المُشتري فإنَّه حَجَرَ على نفسِه بالرَّدِّ ، الخامِسُ أنَّا لو لَم نَقُل بالرُّجوعِ في الفلَسِ لانتفتْ فائِدَةُ التقديمِ وعَدَمُ المُضارَبةِ لأنَّا لو أثبَتْنا الحملَ لِلمُفلِسِ فقد أثبَتْنا لِلغُرَماءِ المُزاحَمَةَ مع البائِعِ فيما بيدِه بخلافِ المُشتري فإنَّه لا يُزاحِمُه فلِهذا قُلنا يتْبَعُ الولَدُ في الفلَسِ دونَ الرَّدِّ بالعيبِ ، السَّادِسُ أنَّه لو لَم يرجِع فيها مع حَملِها لَزِمَ تأخيرُ رُجوعِه حتى رُجوعِه في الحالِ وتلزَمُه نَفقَتُها ويلزَمُ منه النفقَةُ على غيرِ مِلكِه وهو الحمْلُ فتعارَضَ ضَرَرانِ فلِذا يرجِعُ فيها مع حَملِها لأنَّه غيرُ مُحَقَّقٍ ، السَّابعُ أنَّ مَن عَلِمَ من نفسِه عَدَمَ القُدرَةِ على وفاءِ الثمَنِ لَم يحِلَّ له الانتفاعُ بالمبيعِ كما ذكرَه الغزاليُّ ، وحينَئِذٍ فيُقدَّرُ أنَّ المبيعَ كأنَّه لَم يزُل عن مِلكِ بائِعِ المُفْلِسِ .

(٢) (قوله : وهو ظُهورُ العيبِ الذي كان موجودًا عندَه) فالتدليسُ فيه جاءَ من جِهَةِ البائِعِ .

(٣) (قوله : فله حَبسُ أمَةٍ حتى تضعَ) قال شيخُنا ولا يحْرُمُ التفريقُ لأنَّه لَم يوجَد حالَ كونِه ولَدًا مُنفصِلا فلا يشكُلُ بما مَرَّ ولا بما قِيلَ في مَسألَةِ التفريقِ بالوصيَّةِ .

(٤) (قوله : قال الزَّركَشيُّ وهو الأقرَبُ) هو الأصحُّ وقال في التوسُّطِ : الأصحُّ الاندِراجُ ، وقال السُّبكيُّ : إنه الذي يُتَّجه أن يكونَ الأصحَّ .

الحملِ أنَّ ما لم يجُزَّ لا يُرَدُّ أيضًا ، وبه جَزَمَ القاضي في تعليقِه ، وألحَقَ به اللبَنَ الحادِثَ [(١)] ، والأولُ وهو ما جَزَمَ به الأصلُ هو ما في فتاويه وجَرَى عليه الخوارزميُّ وهو وإنْ وُجِّهَ بأنَّه كالسِّمَنِ ، فالثاني أوجَه وعليه اقتصَرَ ابنُ الرِّفعَةِ في النَّقلِ عنه وقال البُلْقينيُّ : إنَّه الأصوبُ ، قال الزَّركشيُّ : والقياسُ إلحاقُ البيضِ بالحملِ قال السُّبكيُّ [(٢)] تفقُّهًا ولو جَزَّ الصُّوف الذي كان عليها بعدَ أنْ طالَ ثم عَلِمَ عَيْبًا صارَ بالرَّدِّ بينهما شركةً وقد يقَعُ نِزاعٌ في مِقْدارِ ما لِكُلٍّ منهما وهو عَيْبٌ مانِعٌ من الرَّدِّ **(بخِلافِ الحادِثِ من أصولِ الكُرَّاثِ)** ونَحوِه التابعَةِ للأرضِ في بيعِها **(فإنَّه للمُشتري)** لأنَّه ليس تبعًا للأرضِ ألا ترَى أنَّ الظَّاهرَ منها في ابتِداءِ البيعِ لا يدْخُلُ فيه .

(فصلٌ : الإقَالَةُ) وهي ما يقتضي رَفْعَ العقْدِ الماليِّ بوجهٍ مخصوصٍ **(جائِزَةٌ وتُسَنُّ لِنادِمٍ)** أيْ لأجلِه لِخَبَرِ ابنِ حِبَّانَ في صَحيحِه : «مَن أقال مُسلِمًا - وفي رِوايةٍ للبيهَقيِّ - نادِمًا أقال الله عَثرتَه [(٣)]» **(وهي فسخٌ لا بيعٌ)** وإلا لَصَحَّتْ مع غيرِ البائِعِ وبغيرِ الثَّمَنِ الأولِ ، وفرَّعَ على كونِها فسخًا مَسائِلَ فقال **(فيجوزُ تفريقُ المتقايِلَيْنِ)** أيْ تفرُّقُهما من مَجْلِسِ الإقالةِ **(في الصَّرفِ قبلَ التقابُضِ ولا تتجَدَّدُ بها شُفعَةٌ وتصِحُّ في المبيعِ [(٤)] والمسلمِ فيه / ولو قبلَ القبضِ أو بعدَ التلَف)** لهما ٢/٧٥

---

(١) (قوله : وألحَقَ به اللَّبَنَ الحادِثَ) الرَّاجِحُ أنَّ الصُّوف واللَّبَنَ كالحملِ ، وقال الأذرَعيُّ إنه الأصحُّ ، وقد قال الدَّارِميُّ : وإنْ كانت زيادَةً مُتميِّزَةً ككَسب عبدٍ وولَدٍ ولَبَنٍ وصوفٍ وشَعرِ حَيوانٍ ونحوه فهي لِلمُشتري ، ويرُدُّ المبيعَ دونَها ، قال الأذرَعيُّ وقَضيَّةُ إطْلاقِه أنَّه لا فرقَ في الثمَرَةِ واللَّبَنِ والصُّوفِ بين أنْ تكونَ فُصِلَتْ أو لا .

(٢) (قوله : قال السُّبكيُّ تفقُّهًا إلخ) وجَزَمَ به الأذرَعيُّ .

(٣) رواه ابن حبان (٤٠٤/١١) حديث ، والبيهقي (٢٧/٦) حديث (١٠٩١١) .

(٤) (قوله : وتصِحُّ في المبيعِ) لو باعَه المُشتري أو أجَّرَه فهل تجوزُ الإقالةُ الأقرَبُ المنعُ ع ، وقولُه : فهل تجوزُ أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ أيضًا لو أجَّرَ المُشتري المبيعَ ثم تقايلا فله الأُجرَةُ المُسَمَّاةُ وعليه لِلبائِعِ أُجرَةُ المِثلِ ، وكَتبَ أيضًا قال أبو زُرعَةَ في مُختصَرِ المُهمَّات قال الشيخُ سِراجُ الدِّينِ البُلْقِينيُّ : لو أجَّرَه المُشتري ثم تقايلا لَم أقِف فيها على نَقلٍ وسُئِلت عنها وتردَّدت فيها ثم استقرَّ جَوابي على إلحاقِها بصورَةِ الإجارَةِ ، ثم يحْصُلُ بعدَها تحالُفٌ وانفِساخُ المبيعِ والحُكمُ في تلك أنَّ الأُجرَةَ المُسَمَّاةَ لِلمُشتري وعليه لِلبائِعِ أُجرَةُ المِثلِ خلافًا لِما في التتمَّةِ والبحرِ من إيجاب الأرشِ هناكَ وهو ما بين قِيمَته مُؤَجَّرًا ، وقِيمَته غيرَ مُؤَجَّرٍ ولا يفترِقُ الحالُ فيما أعتقِدُ بين أنْ يعلَمَ البائِعُ بالإجارَةِ وبين أنْ لا يعلَمَ لأنَّ صورَةَ التلَفِ تصِحُّ الإقالةُ فيها مع العِلمِ وإقامَة ....=

وشَمِلَ كلامُه الآبقَ فتصِحُّ الإقالةُ فيه لأنَّه لا يزيدُ على التالِفِ بخِلافِ رَدِّه بعَيْبٍ لأنَّ الرَّدَّ يُرَدُّ على المردودِ ولا مَردودَ ، ويصِحُّ الرُّجوعُ في الموْهوب الآبقِ من يدِ المتَّهَب على الأصَحِّ **(ويرُدُّ)** المشتري **(مِثلَه)** أيِ التالِف **(في المِثليِّ وقيمَته في المتقَوَّم)** كنَظائِرِه **(وينفُذُ تصَرُّفُ البائِعِ)** في المبيعِ **(بعدَها)** أيِ الإقالةِ **(قبلَ القبضِ)** إلا إذا لم يكن المشتري قَبَضَ الثَّمَنَ فلا ينفُذُ التصَرُّفُ ، نَقَله الأصلُ عن المتولِّي في الباب الآتي (١) .

وهو المناسِبُ لِما سيأْتي من أنَّ للمُشتري حَبْسَ المبيعِ لاستِردادِ الثَّمَنِ على ما يأتي فيه **(ولا تنفسِخُ)** الإقالةُ **(بتلَفِه عندَ المشتري)** ولو بإتْلافِه أو إتْلافِ أجنَبيٍّ **(بل يضمَنُه)** لأنَّه مَقبوضٌ بحُكْمِ العِوضِ كالمأْخوذِ قَرضًا وسَومًا ، وتُعتبَرُ قيمَتُه إنْ كان مُتقَوَّمًا **(بأقَلِّ قيمَتَي)** وقتَيِ **(العقْدِ والقبضِ)** لِما مَرَّ في نَظيرِه في اعتِبارِ الأرشِ ، وقياسُه أنَّه إنْ كانتِ القيمَةُ بين الوقتَيْنِ (٢) أقَلَّ فهي المعتبَرَةُ وفيما ذَكرَه كأصْلِه من اعتِبارِ الأقَلِّ نَظَرٌ والوجه اعتِبارُ يوْمِ التلَفِ (٣) **(وإن استعمَله)** المشتري **(بعدَ الإقالةِ)** وقبلَ القبضِ **(لزِمَته الأُجرَةُ وليس)** للبائِعِ **(فيها رَدٌّ بعَيْبٍ)** حدَثَ بيدِ المشتري **(قبلها)** وعليه للبائِعِ أرشُ العيْب ذَكرَه الأصلُ **(وللمُشتري الحبْسُ)** للمَبيعِ بعدَ الإقالةِ **(لاستِردادِ الثَّمَنِ)** سواءٌ أقُلْنا إنَّها فسخٌ أم بيعٌ ، صرَّحَ به الأصلُ ونَقَله السُّبكيُّ عن القاضي قال : إنْ قُلْنا بيعٌ فللبائِعِ الحبْسُ أو فسخٌ فكالرَّدِّ بالعيْب وله الحبْسُ ، وهذا يُخالِفُ ما نَقَله النَّوويُّ في مَجْمُوعِه في الخيارِ عن

= البدَلِ فيها مَقامَه وفي العيْب أطْلَقَ المُصَنِّفُ تبَعًا لأصلِه غَرامَةَ الأرشِ ، وقَيَّدَ في التتمَّةِ بأن لا يكونَ البائِعُ عالِمًا وما أطْلَقَه المُصَنِّفُ تبَعًا لأصلِه أرجَحُ كما في تلَفِ المبيعِ وكما في صورَةِ التحالُفِ ولكن يبقَى في صورَةِ الجهلِ كلامٌ وهو أنَّه إذا جَهلَ البائِعُ الإجارَةَ وحَصَلَت الإقالةُ مع جَهْلِه بالإجارَةِ فإنَّه إذا عَلِمَ بالإجارَةِ له أن يفسَخَ الإقالةَ وإن قُلنا إنَّها فسخٌ فهذا فسخٌ لِلفسخ ا هـ . قُلت : ما ذكرَه آخرًا مُخالِفٌ لِقولِه في الرَّوضَةِ وأصلها : إنه لو عَلِمَ البائِعُ بالمبيعِ عَيْبًا كان حَدَثَ في يدِ المُشتري قبلَ الإقالةِ فلا رَدَّ له إنْ قُلنا فسخٌ .

(١) (قوله : نَقَله الأصلُ عن المتَولِّي في الباب الآتي) جَزَمَ به المُصَنِّفُ فيه .

(٢) (قوله : وقِياسُه أنَّه إنْ كانت القِيمَةُ بين الوقتَيْنِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والوجه اعتبارُ يوم التلَفِ) الوجه ما ذكرَه الشيخانِ لأنَّه كان مَضمونًا على المُشتري قبلها بهذا القدرِ ولَم يرِد على هذا الضَّمانِ ما يُزيلُه ولا ما يُغَيِّرُه قال شيخُنا : فإنْ حَدَثَ زيادَةٌ بعدَ الإقالةِ لَم يضمَنْها لأنَّه مَقبوضٌ بعدَها بحُكْمِ الأمانَةِ فهو مَضمونٌ ضَمانَ عَقدٍ لا ضَمانَ يدٍ كذا فُهِمَ .

الرُّويانيّ وأقرَّه من أنَّه ليس لِواحِدٍ من العاقِدِ بعدَ التفاسُخِ في مُدَّةِ الخيارِ الحبسُ بل إذا طالَبَ أحدُهما الآخَرَ لَزِمَ الآخَرَ الدَّفعُ إليه ثُم ما كان بيدِه بخِلافِ اختِلافِهما في البُداءَةِ في البيعِ فإنَّ لِكُلٍّ حَبْسَ ما بيدِه حتى يدفعَ إليه الآخَرُ لأنَّ الفسخَ هنا رَفْعُ حُكْمِ العقْدِ وبَقِي التسليمُ بحُكْمِ اليدِ وهي توجِبُ الرَّدَّ ، وهناك التسليمُ بالعقْدِ وهو يُوجِبُ التسليمَ من الجانِبينِ انتهى .

فعُلِمَ منه أنَّه لا حَبْسَ في جَميعِ الفُسوخِ فعليه لا يحتاجُ إلى تقييدِ نُفوذِ تصَرُّفِ البائعِ فيما مَرَّ بكلامِ المتولِّي السَّابقِ ، وعليه جَرَى في المجمُوعِ فإنَّه لمَّا ذَكرَ نفوذَ التصَرُّفِ ساقَ فيه كلامَ المتولِّي مَساقَ الأوجُه الضَّعيفةِ (١) .

(ولفظُها) أي الإقالةِ قولُ العاقِدَيْنِ (تقايلنا أو تفاسَخنا أو) قولُ أحدِهما للآخَرِ (أقَلْتُك ونَحوه فيقبَلُ الآخَرُ ، ولا يُشترَطُ) لِصِحَّتِها (ذِكْرُ الثَّمَنِ) وقَيَّدَه السُّبْكيُّ بما إذا كان مَعلُومًا وأيَّدَ بالنَّصِّ الآتي لكنَّ كلامَ الإمامِ الآتي يُنافيه وهو المعتمَدُ وكلامُهم فيما يأتي يقتضيه ، ولَعَلَّ النَّصَّ مَبْنيٌّ على أنَّها بيعٌ لا فسخٌ وإن نَصَّ قبله على أنَّها فسخٌ (ولا تصِحُّ إلا به) أيْ بذلك الثَّمَنِ .

(فإنْ زادَ) فيه (أو نَقَصَ) عنه (أو شرَطَ) فيها (أجَلا أو أخذَ صِحاحٍ عن مُكسَّرَةٍ) أو عَكسَه (بَطَلَتْ) وبَقِي العقدُ بحالِه (وتصِحُّ من الوارِثِ) لأنَّه خَليفةُ العاقِدِ وما أفتى به ابنُ الصَّلاحِ من أنَّ الورَثةَ لو استأجَروا مَن يَحُجَّ مُورِّثِهم حَجَّةَ الإسلامِ الواجِبَةَ ولم يكنْ أوصَى بها ثُم تقايلُوا مع الأجيرِ لم تصِحَّ الإقالةُ لِوُقوعِ العقْدِ لِمُورِّثِهم لا يُنافي ذلك لأنَّ الحقَّ فيه عندَ الإقالةِ لِمُورِّثِهم لا لهم بخِلافِه فيما تقرَّرَ ، قال

(١) (قوله : مَساقَ الأوجُه الضَّعيفة) إنَّما ساقَه مَساقَ المذهَب وعِبارَتُه الأوَّلُ المضمونُ بالقِيمَةِ ، ويُسَمَّى ضَمانُ اليدِ فيصِحُّ بَيْعُه قبلَ قبضِه لِتَمامِ المِلكِ فيه ويدخُلُ فيه ما صارَ مَضمونًا بالقِيمَةِ بعَقدٍ مَفسوخٍ وغيرِه حتى لو باعَ عبدًا فوجَدَ المشتري به عَيْبًا وفسَخَ البيعَ كان لِلبائعِ بَيْعُ العبدِ قبلَ أنْ يستردَّه ويقبضَه قال المتولِّي إذا لَم يُؤَدِّ الثمَنَ فإنَّ لِلمُشتري حَبسَه إلى استرجاعِ الثمَنِ فلا يصِحُّ بَيْعُه قبله قال : وقد نَصَّ الشافِعيُّ على هذا . اهـ . ولا مُخالَفةَ بين ما ذكرَه المُصَنِّفُ وما نَقَله النوويُّ عن الرُّويانيّ لأنَّ التسليمَ في زَمَنِ الخيارِ كلا تسليم ، ولهذا يجوزُ لِلمُسلِمِ استردادُ المدفوعِ وحَبسُه إلى استيفاءِ العِوضِ الآخَرِ والعقدُ لَم يُفِد مِلكًا أو أفادَ مِلكًا ضعيفًا بخلافِ الفسخِ بغيرِ الخيارِ فيثبُتُ الحبسُ في جَميعِ الفُسوخِ بالخيارِ ، وقال القاضي الحُسَيْنُ : لو تفاسَخا الإجارَةَ كان لِلمُستأجِرِ أن يحبسَ العينَ المُستأجَرَةَ لِقبضِ الأُجرَةِ لأنَّ المُستأجِرَ أخَذَها على مُقابَلَةِ الأُجرَةِ .

السُّبْكِيُّ : نَقْلا عن القاضي لو أقال في مَرَضِ مَوْتِه حُسِبَتْ من الثُّلُثِ (١) لأنَّه في مَرَضِ الموْتِ لو رَدَّ المبيعَ بعَيْبٍ وقيمَتُه أضعافُ ثَمَنِه حُسِبَتْ من الثُّلُثِ كابتِداءِ البيعِ بالمحاباةِ .

(و) تصِحُ (في بعضِ المبيعِ والمسلمِ فيه) كما تصِحُ في كُلِّه قال في الأصلِ في الأُولى قال الإمامُ : هذا إذا لم تلْزَم جَهالَةٌ (٢) وإلا فلا يجوزُ على قولِنا إنَّها بيعٌ للجَهْلِ بحِصَّةِ البعضِ ، وقَضيَّتُه الجوازُ على قولِنا إنَّها فسخٌ مع الجهْلِ بالحِصَّةِ قال الزَّركشيُّ : ويرُدُّ عليه نَصُّ الشافعيِّ (٣) على أنَّه لا بُدَّ فيها من العِلْمِ بالمقابِلِ بعدَ نَصِّه على أنَّها فسخٌ (٤) ، قُلْت : وتقدَّمَ ما فيه (لكن إنْ) أقاله في البعضِ ليُعَجِّلَ له الباقي أو عجَّلَ له (بعضَ المسلمِ فيه ليُقيله في الباقي فهي فاسِدَةٌ) كما لو تقايلا / بأزيدَ من الثمَنِ (ولو تقايلا أو تفاسَخا بعَيْبٍ) أو تحالُف (ثُم اختلَفا في) قدرِ ٧٦/٢ (الثمَنِ فالقولُ قولُ البائعِ) (٥) بيمينِه لأنَّه غارِمٌ (وكذا) القولُ قولُه بيمينِه (إذا احتاجا إلى مَعرفتِه) أي الثمَنِ (لتقديرِ الأرشِ) الذي يرجعُ به المشتري على البائعِ عن العيبِ القَديمِ ، (وإن اختلَفا في) وُجودِ (الإقالةِ فالقولُ قولُ مُنكِرِها) بيمينِه لأنَّ الأصلَ عَدَمُها (والزِّيادَةُ المنفصِلَةُ قبلها للمُشتري) والمتَّصِلَةُ للبائعِ تبعًا إلا الحملَ الحادِثَ قبلها فقياسُ ما مَرَّ (٦) في الرَّدِّ بالعيبِ أنَّه للمُشتري (وإنْ باعَه مُؤَجَّلا وتقايلا بعدَ الحُلُولِ) للأجَلِ (والقبضِ) لِلثَمَنِ (استرَدَّ)

---

(١) (قوله : حُسِبَتْ من الثُّلُثِ) أي حُسِبَت المحاباةُ منه .

(٢) (قوله : قال الإمامُ هذا إذا لَم تلزَمه جَهالَةٌ) كما في أحدِ العبدَيْنِ بخلافِ المِثليِّ .

(٣) (قوله : ويرُدُّ عليه نَصُّ الشافِعيِّ على أنَّه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : بعدَ نَصِّه على أنَّها فسخٌ) فعلى هذا من أحْكامِ كونِها فسخًا وهو يقتضي القطعَ ببُطْلانِها لِلجَهْلِ كما قَطَعَ بالبُطْلانِ : إن قُلنا بيعَ لِلجَهْلِ .

(٥) (قوله ثم اختلَفا في قدرِ الثمَنِ فالقولُ قولُ البائعِ إلخ) ترَدَّدَ في المُهِمَّات في أنَّ المسألَةَ فيما قبلَ قبضِ الثمَنِ أو بعدَه ، وقد صَرَّحَ الرَّافِعِيُّ بأنَّها فيما بعدَ قبضِ البائعِ الثمَنَ ذكرَه في آخرِ باب التحالُفِ قال الزَّرْكَشِيُّ : والظَّاهرُ أنَّه لا فرقَ .

(فرعٌ) : قال الجلالُ البُلقِينيُّ : لو اختلَفا في عَيْبٍ يُحْتمَلُ حُدوثُه وتقَدُّمُه على الإقالةِ فقال البائعُ : كان عندَ المُشتري وقال المُشتري : بل حَدَثَ عندَك فأفْتيت فيها بأنَّ القولَ قولُ البائعِ في صورَةِ اختلافِهما في العيبِ ، لأنَّا إنْ قُلنا الإقالةُ بَيْعٌ فالمُشتري هنا كالبائعِ ، والأصلُ لُزومُ العقدِ وإنْ قُلنا فسخٌ فالأصلُ بَراءَةُ الذِّمَّةِ من أرشِ العيبِ .

(٦) (قوله : فقِياسُ ما مَرَّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

المشتري (الثمَنَ بلا مُهلَةٍ) فلا يلزَمُه أنْ يصبرَ قدرَ الأجَلِ (وإنْ لم يقبِض) أيِ البائعُ الثمَنَ (سَقطَ) عن المشتري سواءٌ أكان حالاً أم مُؤَجَّلا (وبَرِئا جميعًا) لِزوالِ العلقَةِ بينهما .

(فصلٌ : في مَسائِلَ) تتعلَّقُ بالباب (الأُولى : الثمَنُ المعَيَّنُ كالمبيعِ) فيما مَرَّ (فيُفسَخُ) البيعُ (بعَيْبه) كأنْ خرج مَعيبًا بخُشونَةٍ أو سوادٍ أو وجَدَه مُخالِفًا لِسِكَّةِ النَّقدِ الذي تناوله العقدُ (وإنْ خرج) كُلُّه (نُحاسًا) بضَمِّ النُّونِ أو نَحوِه كالرَّصاصِ بفتحِ الرَّاءِ وكسرِها (وقد شرَطَ كوْنَه فِضَّةً [١] أو ذَهَبًا بَطَلَ العقدُ) لأنَّه بانَ أنَّه غيرُ ما عَقَدَ عليه (أو) خرج (بعضُه) نُحاسًا مَثَلا ، وقد شرَطَ ما ذَكَرَ (تفرَّقَتِ الصَّفقَةُ) فيبطُلُ فيما بانَ نُحاسًا ويصِحُّ في الباقي (وتخَيَّرَ) بين الإجازَةِ [٢] والفسخِ لِلتَّشقيصِ ، وقولُه وإنْ خرج إلى هنا من زيادَتِه أخَذَه من المسألَةِ الآتيةِ (وغيرُ المعَيَّنِ) إذا خرج على خِلافِ ما تناوله العقدُ (يستبدَلُ به وإنْ خرج نُحاسًا) أو نَحوه (ولا يفسَخُ) به لِبَقاءِ حَقِّه في الذِّمَّةِ (الثانيةِ) لو (وقَعَ الصَّرفُ على العيْنِ على أنَّها فِضَّةٌ أو ذَهَبٌ وخرج أحدُهما أو كِلاهما الإشارَةُ ولا يشكُلُ بصِحَّةِ العقدِ تغليبًا للإشارَةِ فيما لو باعَ قِطعَةَ أرضٍ على أنَّها مِائَةُ ذِراعٍ فخرجتْ دونها ، وفيما لو قال بعتُك فرَسي هذا وهو بَغلٌ ، وفيما لو قال زَوَّجتُك هذا الغُلامَ وأشارَ إلى ابنَتِه ؛ لأنَّ الأُولى وُجِدَ فيها جِنسُ العِوضِ بخِلافِ مَسألَتِنا ، والثانيةَ لا تُشبه مَسألَتنا لأنَّ جُملَةَ وهو بَغلٌ من كلامِ البائعِ فلا يُؤَثِّرُ [٣] كما لو قال زَوَّجتُك بنتي هذِه وسَمَّاها بغيرِ اسمِها وإنَّما تُشبهها أنْ لو قال بعتُك فرَسي هذا فبانَ بَغلا وحينَئِذٍ لا يصِحُّ البيعُ، والثالِثةُ لمَّا كان التزويجُ فيها لا يقَعُ إلا على الأُنثَى ألغَى وصف الذُّكُورَةِ ونزَلَ العقدُ على ما يقبَلُه بخِلافِ البيعِ فإنَّه يقَعُ عليهما فيبطُلُ عندَ المخالَفةِ (أو) خرج (بعضُه) نُحاسًا أو نَحوه (صَحَّ) العقدُ (في الباقي) دونه (بالقِسطِ) إلا أنْ يتَّفِقَ الجِنْسُ الرِّبَوِيُّ ويتمَيَّزَ عن الجِنسِ الآخَرِ فيبطُلُ في الجميعِ لأنَّه من قاعِدَةِ مُدِّ عَجوةٍ

---

(١) (قولُه : وقد شرَطَ كونَه فِضَّةً أو ذَهَبًا) أُخذَ من قولِ أصلِه لأنَّه غيرُ ما عَقَدَ عليه وخَرَجَ به ما إذا قال بعتُك هذا فإنَّه يصِحُّ .

(٢) (قوله : وتخَيَّرَ بين الإجازَةِ) أي بالحِصَّةِ اتَّحَدَ الجِنسُ أو اختلَف .

(٣) (قوله : لأنَّ جُملَةَ وهو بَغلٌ من كلامِ البائعِ فلا يُؤَثِّرُ) ونَظِيرُها ها هنا أنْ يقولَ بعتُك هذا الدِّرهَمَ وهو نُحاسٌ فيصِحُّ .

(ولصاحِبه) أيِ الباقي (الخيارُ) بين الإجازَةِ والفسخِ (وإنْ خرج) كُلُّه (مَعيبًا) بخُشونَةٍ أو نَحوِها (أو بعضُه) كذلك (تخَيَّرَ ولم يستبْدِلْ) به لأنَّ العقْدَ ورَدَ على عَيْنِه فلا يتجاوزُ الحقَّ إلى غيرِه بخِلافِ ما إذا ورَدَ على ما في الذِّمَّةِ كما سيأتي ، ثُم الأحكامُ السَّابقَةُ في الثَّمَنِ المعَيَّنِ لا تختصُّ بصيغةِ الشرطِ كما اقْتضاه كلامُه ، بل الشرطُ أنْ يَرِدَ العقْدُ على مُعَيَّنٍ مَوْصوفٍ بصِفةٍ ولو بغيرِ صيغَةِ الشرطِ ، كما اقْتضاه كلامُ الشيخينِ كغيرِها (وإنْ وقَعَ) الصَّرفُ على ما (في الذِّمَّةِ فخرج أحدُهما) أو كِلاهما (نُحاسًا) أو نَحوه (قبلَ التفرُّقِ) من المجلِسِ وبعدَ التقابُضِ (استبْدَلَ) به (أو) خرج كذلك (بعدَه) أيْ بعدَ التفرُّقِ (بَطَلَ) العقدُ لِعَدَمِ التقابُضِ في المجلِسِ لأنَّ المقْبوضَ غيرُ ما عُقِدَ عليه .

(أو) خرج كُلُّه (مَعيبًا) بخُشونَةٍ أو نَحوِها (أو بعضُه) كذلك (استبْدَلَ) به كالمسلمِ فيه إذا خرج مَعيبًا لأنَّ القبضَ الأولَ صَحيحٌ إذْ لو رَضي به جازَ والبَدَلُ قائمٌ مَقامَه ، ويجِبُ أخذُ البَدَلِ (في مَجْلِسِ الرَّدِّ وإنْ فارَقَ مَجْلِسَ العقْدِ) قياسًا على أصلِه في مَجْلِسِ العقْدِ (ورَأْسُ مالِ السَّلَمِ كالصَّرفِ) أيْ كعِوضِه فيما مَرَّ ، (فإنْ كان) رَأْسُ المالِ (مُعَيَّنًا وبانَ به عَيْبٌ بعدَ تلَفِه سَقَطَ من المسلمِ فيه بقدرِ نَقْصِ العيْبِ) من قيمَةِ رَأْسِ المالِ (أو) كان (في الذِّمَّةِ) وعَيَّنَ وبانَ به عَيْبٌ بعدَ تلَفِه (غَرِمَ التالِفَ) عندَه (واستبْدَلَ) به سواءٌ تفرَّقا أم لا ويجِبُ أخذُ البَدَلِ (في مَجْلِسِ الرَّدِّ) ولو وجَدَ أحدُ المتصارِفيْنِ أو أحدُ مُتبايِعَيْ طَعامٍ بطَعامٍ بما أخَذَه عَيْبًا بعدَ تلَفِه فإنْ ورَدَ على مُعَيَّنٍ ، والجِنْسُ مُختلِفٌ ، فكبيعِ عَرَضٍ بنَقْدٍ وإنْ كان مُتَّفِقًا فكما مَرَّ في الحُلِيِّ أو على ما في الذِّمَّةِ غَرِمَ التالِفَ / عندَه واستبْدَلَ به سواءٌ ٧٧/٢
تفرَّقا أم لا ذَكرَه الأصلُ (ولو اشترى) شَيْئًا (بمُكسَّرَةٍ) في الذِّمَّةِ (وأدَّى) عنها (صِحاحًا وفسَخَ) بعَيْبٍ أو غيرِه (استرَدَّ الصِّحاحَ) لأنَّها المدْفوعَةُ ومِثلُه العكْسُ وهذا من زيادَتِه .

(الثالِثةُ : لو باعَ عبدًا بألفٍ ثُم أخَذَ ثَوْبًا ورَدَّ) عليه (العبدَ بعَيْبٍ رجع) عليه المشتري (بالألفِ لا بالثَّوبِ) بناءً على أنَّ الفسخَ يرفعُ العقْدَ من حينِه ولأنَّ الثَّوبَ مَملُوكٌ بعَقْدٍ آخَرَ وبهذا فارَقَ ما قبله لأنَّ الصِّحاحَ فيه كالمكسَّرَةِ في وُجوبِ قَبولِها لاتِّحادِها معها جِنْسًا ونَوْعًا مع زيادَةِ صِفةٍ لا تتميَّزُ ولو بانَ العيْبُ بالثَّوبِ رَدَّه ورجع بالألفِ لا بالقيمَةِ (وكذا) يرجِعُ بالألفِ (لو ماتَ العبدُ) المبيعُ (قبلَ

القبضِ) بناءً على أنَّ الانفِساخَ يرفعُ العقْدَ من حينِه .

(الرَّابعَةُ) لو **(باعَ عَصيرًا فبانَ به عَيْبٌ وقد صارَ خمرًا تعَيَّنَ الأرشُ)** للمُشتري لِتعذُّرِ رَدِّ البيعِ لأنَّه صارَ كالتالِفِ (١) ، وما قيلَ من أنَّه ينبَغي أن لا أرشَ لِعَدَمِ اليأسِ من الرَّدِّ لاحتِمالِ عَوْدِ الخمرِ خَلاً ممنوعٌ لأنَّ ذلك مَحَلُّه في غيرِ تعيُّبِ المبيعِ من بيعٍ وهبَةٍ ونَحوِهما **(فإنْ تخَلَّلَ)** بعدَ تخَمُّرِه وقبلَ أخذِ الأرشِ **(فللبائعِ استِردادُه** (٢) **وردُّ الثَّمَنِ ولا أرشَ عليه)** ولا يضُرُّ الخُروجُ في البَيِّنِ عن صِفةِ المبيعِ **(وإن اشترَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خَمرًا بدراهِمَ)** مَثَلا **(ثُم أسلما أو أسلمَ البائعُ)** وحدَه **(ثُم عَلِمَ)** المشتري **(بها)** أيْ بالخمرِ **(عَيْبًا فلا رَدَّ)** له **(بل للمُشتري الأرشُ)** لِتعذُّرِ الرَّدِّ في ذلك **(وإنْ أسلمَ المشتري وحدَه فله الرَّدُّ)** لأنَّ المسلِمَ لا يتمَلَّكُ الخمرَ بل نُزيلُ يدَه عنها .

(الخامِسةُ : مُؤْنَةُ الرَّدِّ) للمَبيعِ **(بعدَ الفسخِ)** بالعيبِ أو غيرِه كالفسخِ بالخيارِ **(على المشتري)** لأنَّه ضامِنٌ للمَبيعِ كما ذَكرَه بقولِه **(ويدُه ضامِنَةٌ)** وما كان مَضمُونَ العينِ فهو مَضمُونُ الرَّدِّ لِخَبَرِ «على اليدِ ما أخَذَتْ حتّى تُؤَدِّيه» رواه التِرمِذيُّ وصحّحه وكالمشتري في ذلك كُلُّ مَن كانت يدُه يدَ ضَمانٍ .

(السَّادِسَةُ : لو أوصَى ببيعِ عبدٍ) مَثَلا **(وأنْ يشتري بثَمَنِه جاريةً ويُعتِقَها)** عنه الوصيُّ **(ففعل)** الوصيُّ ذلك **(ورَدَّ)** عليه **(العبدَ بعَيْبٍ فله بيعُه ثانيًا لِرَدِّ الثَّمَنِ)** أيْ ليرُدَّه إلى المشتري **(ولو فرَضَ الرَّدَّ)** للمَبيعِ **(بالعيب على وكيلٍ لم يبعه)** ثانيًا **(إلا بإذنٍ جَديدٍ)** لأنَّه امتثَلَ المأمورَ وهذا مِلكٌ جَديدٌ فاحتاجَ فيه إلى إذنٍ جَديدٍ ويُخالِفُ الإيصاءَ فإنَّه تولِيةٌ وتفويضٌ كُلِّيٌّ ، **(وكذا لو وكَّلَ)** شَخصٌ **(في بيعٍ بشرطِ الخيارِ للمُشتري)** مَثَلا **(فامتثَلَ ورَدَّه)** عليه **(المشتري)** لا يبيعُه ثانيًا إلا بإذنٍ جَديدٍ بناءً على أنَّ مِلكَ البائعِ زالَ وعادَ فهو كالرَّدِّ بالعيب **(فلو باعَه الوصيُّ)** ثانيًا فيما ذَكرَ **(بمِثلِ الثَّمَنِ الأولِ فذاك)** ظاهرٌ **(وإنْ باعَه بأقَلَّ)** منه **(فالغُرمُ)** لِلنَّقصِ **(عليه)** لأنَّه إنَّما أُمِرَ بشِراءِ الجاريةِ بثَمَنِ العبدِ لا بالزِّيادَةِ عليه **(بل لو ماتَ العبدُ في يدِه بعدَ الرَّدِّ والحالَةُ هذِه)** أيْ عليه إنْ غَرِمَ النَّقصَ لو

---

(١) (قوله : لأنَّه صارَ كالتالِفِ حِسًّا) إذ هو تالِفٌ شرعًا .

(٢) (قوله : فإنْ تخَلَّلَ فللبائعِ استردادُه) قَضيَّةُ قولِه له طَلَبُ إعطاءِ الأرشِ وتوافقا عليه جازَ ، وتعليلُهم بأنَّ الخلَّ غيرُ العصيرِ يقتضي المنعَ وإنْ تراضَيا عليه وهو الظَّاهرُ .

باعَه بأقَلَّ من ثمَنِـه (غَرِمَ جميعَ الثّمَنِ) ، قال الزَّركشيُّ : لأنَّه كان من حَقِّه أنْ لا يشـتري الجاريـةَ إلا بـالمبلَغِ الأقَلِّ فهـو بـتركِ البـحثِ [١] مُقصِّرٌ وظـاهرٌ أنَّـه إذا غَرِمَه [٢] يرجِعُ به على التركةِ نُحاسًا أو نَحوه (بطَلَ) العقدُ لِما مَرَّ في التي قبلها فالمغَلَّبُ فيهما العِبارَةُ لا (وإنْ باعَه بأكثَرَ) فإنْ كان (لِزيادةِ قيمَتِه أو لِرَغبَةٍ) فيه (سلَّمَ الثمَنَ) الأولَ أيْ قدرَه (للمُشتري والزِّيادَةُ للورثةِ وإلا بانَ أنَّ البيعَ الأولَ باطِـلٌ للغَبْنِ ويبطُلُ شِراءُ الجاريـةِ وعِتقُها إن اشتراها بعَـينِ ثمَنِ العبـدِ وإن اشتراها في الذِّمَّةِ وقَعَ) العقدُ (له وعَتقَتْ عنه [٣] ، ثُم) في الحالَيْنِ (إنْ كان عالِمًا) بالغبْنِ (انعـزَلَ) عن الإيصاءِ لِخيانَتِه كسائرِ الولايـاتِ [٤] فلا يُمكِنُه شِراءُ جاريةٍ أُخرَى بخِلافِ الوكيلِ وعامِلِ القِراضِ ونَحوِهما لا ينعَزِلُونَ بمِثـلِ ذلك لأنَّ كُلًّا منهم يجوزُ أنْ يكـونَ فاسِقًا ولأنَّهم يتصرّفونَ للأحيـاءِ ، والأحياءُ يحتاطونَ لأنفُسِهم بخِلافِ الـوصيِّ فيهما (وإلا اشترَى جاريـةً) أُخرَى (بثَمَنِ العبـدِ وأعتقَها عن الموصي) ليخرُجَ عن العُهدَةِ .

(فرعٌ) : ذكَره في الكِفايةِ لو اشترَى الوليُّ لِطِفلَةٍ شيْئًا فوجَدَه مَعيبًا فإن اشتراه بعَيْنِ مالِه فباطِلٌ أو في الذِّمَّةِ صَحَّ للوليِّ ولو اشتراه فتعَيَّبَ قبلَ القبضِ فإنْ كـان الحظُّ في الإبقاءِ أبقَى وإلا رَدَّ فإنْ لـم يرُدَّ بَطَلَ إن اشتراه بعَيْنِ مالِه وإلا انقلَبَ إلى الوليِّ كذا في التتِمَّةِ ، وأطلَقَ الإمامُ والغزاليُّ أنَّه يمتنِعُ الرَّدُّ إن كـانتْ قيمَتُه أكثَرَ من

---

(١) (قوله : فهو بتركِ البحثِ مُقصِّرٌ) ثم هو ضامِنٌ بسَبَب تفريطِه وإذا صارَ ضامِنًا بسَبَب التفريطِ فلا يخرُجُ عن عُهدَةِ الضَّمانِ حتى يبيعَه ويشتري بثَمَنِه جاريةً ويُعتقَها ، وقَضيَّةُ هذا التوجيه أنَّه لا فرقَ في التضمينِ بين أنْ يتلَف قبلَ التمكُّنِ من بَيْعِه أم لا ، ولا يُنافيه تقييدُ الرَّافِعِيِّ التضمينَ بقولِه كما رَدَّ لأنَّه يعلَمُ منه التضمينَ فيما إذا مات بعدَ تأخيرِ بَيْعِه عن الرَّدِّ من باب أولى وعلى قِياسِ ما قاله فلو باعَه وقبَضَ ثمَنَه في يدِه قبلَ أنْ يشتري جاريةً أنْ يضمَنَ مِثْلَ الثمَنِ و .

(٢) (قوله : وظاهرٌ أنَّه إذا غَرِمَه إلخ) ما استظْهَرَه مَمنوعٌ إذْ لا رُجوعَ .

(٣) (قوله : وعَتقَتْ عنه) قال شيخُنا سَيأتي قُبَيْلَ الطَّرَف الثاني في اللَّفْظِ المُستعمَلِ في الموصَى له في باب الوصيَّةِ في نَظِيرِ ذلك أنَّ العِتقَ يقَعُ عن الميِّت وسَنَتكلَّمُ عليه ثم يُمكِنُ حَملُ ما هنا على ما إذا لَم يُصَرِّحْ بعِتقِه عن الميِّت وما يأتي على ما إذا صَرَّحَ بذلك كما يدُلُّ عليه تعليلُ الشارِحِ ثَمَّ .

(٤) (قوله : كَسائرِ الولايات) لو باعَ العدلُ بدونِ ثمَنِ المِثْلِ وسَلَّمَ المبيعَ صارَ ضامِنًا ويستردُّه إن كان باقِيًا ، ويجوزُ له بَيْعُه بالإذنِ السَّابقِ والوكيلُ لو تعدَّى كأنْ رَكِبَ الدَّابَّةَ أو لَبِسَ الثوبَ ضَمِنَ قَطْعًا ، ولا ينعَزِلُ على المذهَب وكذا العامِلُ في القِراضِ إذا تعدَّى بالسَّفرِ أو نحوِه صارَ ضامِنًا ولا ينعَزِلُ بل ينفُذُ تصرُّفُه .

٧٨/٢ الثَمَنِ ولا يُطالَبُ بالأرشِ لأنَّ الرَّدَّ مُمكِنٌ وإنَّما امتنعَ للمَصْلحَةِ ولم يفصِلا / بين العيْبِ المقارَنِ والحادِثِ (١) انتهى . وعلى ما في التتِمَّةِ اقْتصَرَ السُّبْكِيُّ **(ولو اشترى سِلْعَةً بألفٍ)** مَثَلا في الذِّمَّةِ **(فسلَّمه عنه أجنبيٌّ)** مُتبرِّعًا **(ثُمَ رَدَّ السِّلْعَةَ بعَيْبٍ رَدَّ البائِعُ الألف على المشتري)** كما صحّحه الرُّويانيُّ وجَزَمَ به الجُرجانيُّ لأنَّه يُقَدِّرُ دُخولَه في مِلْكِه فإذا رَدَّ المبيعَ رَدَّ إليه ما قابَله وقيلَ على الأجْنَبِيِّ لأنَّه الدّافعُ ، والترجيحُ من زيادَتِه ، وما رَجَّحَه هنا (٢) خالَفَه في باب الصَّداقِ حَيْثُ اقتضى كلامُه أنْ يفصِلَ فيه كالصَّداقِ بين أنْ يكونَ المتبرِّعُ أبًا والمتبرَّعُ عنه صَغيرًا أيْ أو نَحوه فيرُدُّ الثَمَنَ عنه وأنْ لا يكونَ كذلك فيُرَدُّ إلى المتبرِّعِ والأوجَه ما ذَكرَه هناك ويُمكِنُ حَمْلُ ما هنا عليه (٣) ، وقد جُعِلَ كأصْلِه في الضَّمانِ (٤) فيما لو ضَمِنَ شَخصٌ الثَمَنَ عن المشتري وأدَّاه بغيرِ إذْنِه فرَدَّ المبيعَ أو غيرَه أنَّه كالصَّداقِ ، ففيه التفصيلُ وخالَف الوليُّ غيرَه في ذلك بأنَّه يتمَلَّكُ لِمُولِّيه من نفسِه فدَفْعُه عنه تمليكٌ له بخِلافِ غيرِه فما دَفعَه وإنْ قَدَّرَ دُخولَه في مِلْكِ مَنْ دَفعَه عنه المقْصودُ منه الإسقاطُ لا التمليكُ ، والمِلْكُ إنَّما قُدِّرَ لِضَرورَةِ الإيفاءِ وما أطلَقَه الحاوِي الصَّغيرُ كالشافعيِّ في الإملاءِ وأكثَرُ العِراقيِّينَ من أنَّ الرَّدَّ في الصَّداقِ لِلزَّوجِ مَحْمُولٌ على تفصيلِ غيرِهم **(فإنْ بانَتْ)** أيِ السِّلْعَةُ **(مُستحَقَّةً رَدَّ الألف للأجْنَبِيِّ)** لأنَّا تبيَّنَّا أنْ لا ثَمَنَ ولا بيعَ .

---

(١) (قولُه : ولَمْ يفصِلا بين العيْبِ المُقارِنِ والحادِثِ) هو الأصَحُّ وسَيأتي في كلامِه كأصلِه في الحجْرِ .

(٢) (قولُه : وما رَجَّحَه هنا إلخ) قال شيخُنا : هو المُعتمَدُ وقد أفتى به الوالِدُ رحمه الله تعالى .

(٣) (قولُه : ويُمكِنُ حَمْلُ ما هنا عليه) لا يتأتَّى هذا الحمْلُ في كلامِ المُصَنِّفِ قال شيخُنا : يُمكِنُ أنْ يعتني بكلامِ المُصَنِّفِ ، فيُقالُ : المُرادُ بالأجنَبِيِّ أي عن العقدِ بمَعنَى أنَّ عَقدَ البيعِ وقَعَ لِغيرِه وأنَّ الثمَنَ لازِمٌ لِذلك الغيْرِ فيشمَلُ حينَئِذٍ الأبَ ونَحوه ويُحمَلُ على ما في الصَّداقِ .

(٤) (قولُه : وقد جُعِلَ كأصلِه في الضَّمانِ إلخ) الفرقُ بين البيعِ والصَّداقِ واضِحٌ لأنَّ الفسخَ يستدعي ترادَّ العِوضَينِ إلى العاقِدَيْنِ جميعًا ولا كذلك النِّكاحُ فإنَّ الفسخَ إنْ وقَعَ بعدَ الدُّخولِ لا يستدعي ترادَّ عِوضٍ ، والبيعُ يقتضيه دائِمًا وشاهِدُ ذلك أنَّه لو أصدَقَ عن عبدِه ثم عَتقَ العبدُ وطَلَّقَ أو فسَخَ قبلَ الدُّخولِ عادَ الشطرُ إليه والمهرُ دونَ السَّيِّدِ ، وأمَّا مَسألَةُ الضَّمانِ فالفرقُ بينها وبين البيعِ هو أنَّ الواقِعَ فيه تبَرُّعٌ بالضَّمانِ ولَم يتبرَّع بالدَّفعِ لأنَّ الدَّفعَ واجِبٌ عليه فقامَ في وُجوبِ الدَّفعِ مَقامَ المُشتري فرَجَعَ الثمَنُ إليه كما يرجِعُ إلى المُشتري ، وأمَّا في مَسألَةِ البيعِ فإنَّه قد تبَرَّعَ بنفسِ الدَّفعِ والمُتبَرِّعُ لا يُناسِبُ الرُّجوعُ فيما تصَدَّقَ به وتبَرَّعَ بدَفعِه ت .

(فصلٌ : وأسبابُ الفسخِ) للبيعِ (سَبْعَةٌ : خيارُ المجلسِ والشرطِ والخلفِ) لِلشَّرطِ المقصودِ (والعيبُ والإقالةُ) كما مَرَّ بيانُها (والتحالُفُ وهلاكُ المبيعِ قبلَ القبضِ) كما سيأتي بَيانُهما وبَقِي من أسباب الفسخِ أشياءُ - وإنْ عُلِمَتْ من أبوابِها وأمكنَ رُجوعُ بعضِها إلى السَّبْعَةِ - فمنها إفلاسُ المشتري وتلقِّي الرُّكْبانِ وغيبَةُ مالِ المشتري إلى مَسافةِ القَصْرِ وبيعُ المريضِ مُحاباةً لِوارِثٍ أو لأجنبيٍّ بزائِدٍ على الثُّلُثِ ولم يُجِزْه الوارِثُ وقد جمع في تنقيحِ اللُّباب [١] أكثَرَ الأسباب وبيَّنْتُها في شرحِه مع زيادَةٍ (ولو وهبَ البائعُ الثمَنَ) المعَيَّنَ (بعدَ قبضِه للمُشتري ثُم وجَدَ) المشتري (بالمبيعِ عَيْبًا فهل له رَدُّه على البائعِ وجهانِ) أحدُهما لا لِخُلُوِّه عن الفائِدَةِ ، والثّاني نَعَم [٢] وفائِدَتُه الرُّجوعُ على البائعِ ببَدَلِ الثمَنِ كنَظيرِه في الصَّداقِ ، وبه جَزَمَ المصنفُ ثُم وهي من زيادَتِه هنا وقَيَّدَ ببعدِ القبضِ لأنَّ الهبَةَ قبله لا تصِحُّ كما سيأتي وذكرَ ثَمَّ أنَّ الإبراءَ عن الثمَنِ لا يمنَعُ الرَّدَّ مع أنَّ المشتري لا يرجِعُ ببَدَلِه وبه جَزَمَ القاضي ، وفائِدَتُه التخلُّصُ عن عُهْدَةِ البيعِ (ويجْريانِ في) وُجوب (الأرشِ) على البائعِ في المسألَةِ المذكُورَةِ عندَ تعَذُّرِ رَدِّ المبيعِ ، وقَضيَّةُ ما مَرَّ وُجوبُه وهذا أيضًا من زيادَتِه وفي الرَّوْضَةِ هنا لو اشترى ثَوْبًا وقَبَضَه وسَلَّمَ ثَمَنَه ثُم وجَدَ بالثَّوب عَيْبًا قَديمًا فردَّه فوجَدَ الثمَنَ مَعيبًا ناقِصَ الصِّفةِ بأمرٍ حدَثَ عندَ البائعِ أخَذَه ناقِصًا ولا شيءَ له بسَبَبِ النَّقْصِ .

* * *

---

(١) (قوله : وقد جمع في تنقيحِ اللُّباب أكثرَ الأسباب إلخ) وخيارُ تفريقِ الصَّفقَةِ في الدَّوامِ وكذا في الابتداءِ إنْ جَهِلَ المُشتري والخيارُ فيما رَآه قبلَ العقدِ إذا تغَيَّرَ عن صِفته ولِجَهْلِ الغصب مع قُدرَةِ الانتزاعِ ولِطَرَيانِ العجزِ مع العِلمِ به ولِجَهْلِ كونِ المبيعِ مُستأجَرًا أو مَزروعًا ولِلامتناعِ من الوفاءِ بالشُّروطِ الصَّحيحةِ غيرِ العِتْقِ والقطعُ في بَيْعِ الثمَرَةِ قبلَ صَلاحِها من صاحِبِ الأصلِ بشرطِ القطعِ ولِتعَذُّرِ قبضِ المبيعِ بجَحْدٍ أو غَصْبٍ أو نحوِه ، والخيارُ لِلبائعِ في ظُهورِ زيادَةِ الثمَنِ في المرابَحةِ وللمُشتري في اختلاطِ الثمَرَةِ إنْ لَم يهَبِ البائعُ له ما تجَدَّدَ وبتعييب الثمَرَةِ بتركِ البائعِ السَّقيَ ، وله الخيارُ أيضًا في صورَةِ الأحجارِ المدفونَةِ في الأرضِ المبيعَةِ إذا كان القلعُ والتركُ مُضِرَّيْنِ أو كان القلعُ مُضِرًّا ولَم يترُكْ البائعُ الأحجارَ والخيارُ بالتعزيرِ الفِعليِّ من التصريةِ ونحوِها .

(٢) (قوله : والثاني نَعَم) أشارَ إلى تصحيحِه .

(بابُ حُكْمُ المبيعِ قبلَ قبضِه [1] وبعدَه) وصِفة القبضِ

(المبيعُ قبلَ القبضِ من ضَمانِ البـائِع) [2] بمعنى انفِساخِ البيعِ بتلَفِه وثُبوتِ الخيـارِ بتعَيُّبه وبإتلافِ الأجنَبيِّ له كما يُعلمُ ذلك من كلامِه حَيثُ قال : (فإنْ تلِف بآفةٍ سَماوِيَّةٍ انفسَخَ) البيعُ (وسَقَطَ الثَّمَنُ) عن المشتري [3] لِتعَذُّرِ القبضِ المستحَقِّ
٧٩/٢ كالتفريقِ قبله في الصَّرفِ سواءٌ أعَرَضَه البائِعُ عليه فلم يقبله أم لا ؟ / قالـه الشيخُ أبو حامِدٍ وغيرُه قال السُّبكيُّ : وينبَغي أنْ يكونَ مُرادُهم إذا كـان مُستمِرًّا بيدِ البائِعِ فإنْ أحضَرَه ووضَعَه بين يدَيْ المشتري فلـم يقبله فالأصَحُّ عندَ الرَّافعيِّ وغيرِه أنَّه يحصُلُ القبضُ ويخرُجُ من ضَمانِ البائِعِ ، قال : وكذا يخرُجُ من ضَمانِه فيما لو اشترَى من مُكاتَبِه أو مُورِّثِه شيئًا ثُم عَجَزَ المكاتبُ نفسُه أو مات المورِّثُ قبلَ القبضِ .

(وإذا أبرَأه المشتري) عن ضَمانِ المبيعِ لو تلِف (لم يبْرَأْ) لأنَّه إبراءٌ عمَّا لم يجِبْ (وانفِساخُـه) بتلَفِ [4] المبيعِ يُقَدَّرُ به انتِقال المِلْكِ فيـه إلى البـائِعِ (قُبيلَ التـلَفِ لا مـن العقْدِ) كالفسخِ بالعيْب (فتجهيزُه على البـائِع) لانتِقالِ المِلْكِ فيه إليـه ، (وزَوائِـدُه) المنفصِلَـةُ الحادِثةُ عنـدَه كثَمَـرَةٍ ولَبَنٍ وبيضٍ وصـوفٍ وكسـبٍ (وركازٍ يجِدُه العبدُ) أو الأمَةُ ومَوْهوبٍ مُوصًى به لهما (للمُشتري) لأنَّها حدَثَت في مِلْكِه (وهي أمانَـةٌ في يدِ البـائِع) لأنَّ يدَه لم تحتوِ عليه لِتمَلُّكِه كالمستامِ ولا لِلانتِفاعِ به كالمستعيرِ ولا لِلتَّعَـدِّي فيـه كالغـاصِب ، وسَبَبُ الضَّمانِ عنـدَهم أحـدُ الثَّلاثـةِ ،

---

(١) (قوله : المبيعُ قبلَ القبضِ) أي وبعدَه والخيارُ لِلبائِعِ وحدَه ولو ادَّعَى العبدُ الحُرِّيَّةَ قبلَ قبضِه وصَدَّقنا وحُكِمَ بحُرِّيَّته قال ابنُ الرِّفعَةِ : إنَّه كالتالِفِ فيما نَظُنُّه .

(٢) (قولـه : من ضَمانِ البائِع) ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : إنَّ القبضَ لا يجِبُ في القِسمَةِ لأنَّه لِدَفعِ الضَّمانِ والقِسمَـةُ لا ضَمانَ فيها فلا يجِبُ فيها التخويلُ . ا هـ . لأنَّها لا تُسَمَّى بَيْعًا قال شيخُنا في العُرفِ ولهـذا لا يثْبُتُ فيها خيارُ المجْلِسِ .

(٣) (قولـه : وسَقَطَ الثمَنُ عن المُشتري إلخ) وإنْ كـان مَعيبًا وجَبَ رَدُّه وإنْ كـان دَيْنًا على البائِعِ ، فالأصحُّ عَودُه ، والثمَنُ المُعَيَّنُ قبلَ قبضِه من ضَمانِ المُشتري وكَتَبَ أيضًا أي سَقَطَ استحقاقُه الثمَنَ عَيْنًا كان أو دَيْنًا فينقَلِبُ المِلكُ فيه إلى المُشتري كما ينقَلِبُ مِلكُ المبيعِ إلى البائِعِ .

(٤) (قوله : وانفِساخُه قُبَيْلَ التلَفِ إلخ) قال شيخُنا : وجهه أنَّ رُجوعَ المبيعِ إلى مِلكِ البائِعِ بانفِساخٍ أو رَدٌّ بعَيْبٍ أمرٌ قَهْرِيٌّ شَبيهٌ بالإرثِ وإنْ كان يرفعُ العقدَ من حينِه فلِهذا قَدَّرَ دُخوله في مِلكِ البائِعِ في كُلِّ ذلك قُبَيْله ، وفائِدَتُه الغُنْمُ والغُرمُ .

ومُرادُهم بذلك (١) ضَمانُ اليدِ فلا يردُ ضَمانُ العقدِ **(لا خيارَ بتلَفِها)** عندَ البائعِ لأنَّها ليستْ مَبيعَةً .

(وإتلافُ المشتري) (٢) للمَبيعِ قبلَ قبضِه **(ولو جاهلا)** به **(قبضٌ)** له لأنَّه أتلَف مِلْكه كما في المغصوب منه إلا أنْ يكونَ إتلافُه لِصيالِه كما سيأتي في الباب أو لِرِدَّتِه (٣) ، والمشتري الإمامُ كما سيأتي قبلَ الدِّياتِ ، بخِلافِ ما إذا كان غيرَ الإمامِ لأنَّ ذلك ليس إليه ولا يشكُلُ بأنَّ لِلسَّيِّدِ قَتْلَ رَقيقِه المرتدِّ كالإمامِ إذْ بتقديرِ الانفِساخِ بذلك يتبَيَّنُ أنَّه قَتلَ رَقيقَ غيرِه (٤) ولا بأنْ قَتلَ المرتدَّ لا ضَمانَ فيه فكيف يكونُ قبضًا مُقَرِّرًا لِلثَّمَنِ لأنَّه لا تلازُمَ بين ضَمانَيْ القيمَةِ والثَّمَنِ إذْ المرتدُّ وقاطِعُ الطَّريقِ لا يضمَنانِ بالقيمَةِ ويضمَنانِ بالثَّمَنِ وأُمُّ الولَدِ والموْقوفُ بالعكْسِ ويُقاسُ بالمرتدِّ (٥) كما في المهمَّاتِ تارِكُ الصَّلاةِ وقاطِعُ الطَّريقِ والزَّاني المحصَنُ بأنْ زَنَى كافِرٌ حُرٌّ ثُم التحَقَ بدارِ الحرب ثُم استُرِقَّ ، ولو قَتله المشتري قِصاصًا (٦) قال ابنُ الرِّفعَةِ : يظْهَرُ أنَّه كالآفَةِ ولكونِ الحقِّ له خالَف المرتدَّ ، وفي معنى إتلافِ المشتري ما لو اشترَى أمَةً فوطِئَها أباه قبلَ قبضِها وأحبَلها لأنَّ الشرعَ جَعل وطءَ أبيه كوطئِه حَيثُ رَتَّبَ عليه حُكْمَه (٧) ، ثُم مَحَلُّ ما ذُكرَ في إتلافِه إذا كان أهْلا للقبضِ فلو كان صَبيًّا أو مَجْنونًا ، فالقياسُ أنَّ إتلافه ليس بقبضٍ (٨) وعليه البَدَلُ وعلى البائعِ رَدُّ الثَّمَنِ المعَيَّنِ ، وقد يحصُلُ التقاصُّ إذا أتلَف البائعُ الثَّمَنَ أو تلِف في يدِه

---

(١) (قوله : وَمُرادُهم بذلك ضَمانُ اليدِ إلخ) وضَمانُ الأصلِ بالعقدِ ولَم يوجَد العقدُ في الزَّوائِدِ .

(٢) (قولُه وإتلافُ المُشتري إلخ) حِسًّا أو شرعًا .

(٣) (قوله : أو لِرِدَّته) والمُشتري الإمامُ أو مَأذونُه .

(٤) (قوله : إذْ بتقديرِ الانفِساخ بذلك يتبَيَّنُ أنَّه قَتلَ رَقِيقَ غيرِه) وبهذا تندَفِعُ دَعوى الزَّرْكَشيِّ أنَّ البغَويَّ إنَّما بَنَى الفرقَ بين الإمامِ وغيرِه على رَأيِه أنَّ السَّيِّدَ لا يُقِيمُ الحدَّ على عبدِه . أن .

(٥) (قوله : ويُقاسُ بالمُرتدِّ كما في المُهِمَّات إلخ) واستثنَى البُلقِينيُّ تفقُّهًا ما لو مَرَّ بين يدَيْ المُشتري في الصَّلاةِ فقَتله لِلدَّفعِ وما لو قاتلَ مع البُغاةِ أو أهْلِ الرِّدَّةِ فقَتله .

(٦) (قوله : ولو قَتله المُشتري قِصاصًا إلخ) مِثلُه ما لو كان القِصاصُ لِغيرِه وكان المُشتري هو الإمامُ أو مَأذونُه فقَتله لِحَقِّ المُقتصِّ .

(٧) (قوله : رَتَّبَ عليه حُكْمَه فتصيرُ مُستولَدَةً لِلأب) صَرَّحَ به البغَويّ اقتضَضْتُك .

(٨) (قوله : فالقِياسُ أنَّ إتلافه ليس بقبضٍ) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ عليه قد صَرَّحَ به الشيخانِ في الجِنايات ، وإنْ صَرَّحَ القاضي الحُسَيْنُ وغيرُه بأنَّه قبضٌ .

وأمّا إتلافُ الوكيلِ (١) فكإتلافِ الأجنَبيِّ نَبَّهَ على ذلك الزَّركشيُّ .

(ولا ينفسِخُ) البيعُ (بإتلافِ الأجنَبيِّ) (٢) المبيعَ لِقيامِ بَدَلِه مَقامَه (بل يتخَيَّرُ) (٣) المشتري (بين الفسخ والرُّجوعِ عليه بالقيمَةِ) أو المِثلِ وإذا اختارَ الفسخَ رجع البائعُ على الأجنَبيِّ بالبَدَلِ ، وفرَّق القاضي وغيرُه بين هذا وبين الإجارَةِ حَيثُ لم يثبُتْ فيها الخيارُ بغَصب العينِ المكْتراةِ حتّى انقضَتِ المدَّةُ بل ينفسِخُ العقدُ بأنَّ المعقودَ عليه هنا المالُ وهو واجِبٌ على الجاني فتعدَّى العقدُ من العينِ إلى بَدَلِها بخِلافِ المعقودِ عليه ثَمَّ ، فإنَّه المنفعَةُ وهي غيرُ واجِبَةٍ على مُتلِفِها (٤) فلم يتعَدَّ العقدُ منها إلى بَدَلِها ، (و) حَيثُ أجازَ (ليس للبائعِ طَلَبُ القيمَةِ للحَبْسِ) لها (في الثمَنِ) كالمشتري إذا أتلَف المبيعَ لا يغرَمُ القيمَةَ ليحبسَها البائعُ ولأنَّ الحبْسَ غيرُ مَقْصودٍ بالعقْدِ حتّى ينتقِلَ إلى البَدَلِ بخِلافِ الرَّهْنِ ، ثُم مَحَلُّ الخيارِ (٥) في غيرِ الرِّبَويِّ وفيما إذا كان الأجنَبيُّ أهلًا لِلالتِزامِ ولم يكن إتلافُه بحَقٍّ (٦) أمّا في الرِّبَويِّ أو في غيرِه لكنْ لو كان المتلِفُ حَربيًّا أو كان إتلافُه بحَقٍّ كقِصاصٍ

٨٠/٢ فكالآفةِ فينفسِخُ البيعُ (ومَتى أتلَفه البائعُ أو أعتقَ باقيه) (٧) الذي / لم يبعه (وهو مُوسِرٌ) بالثمَنِ (٨) (انفسَخَ) البيعُ ....

---

(١) (قوله : وأمّا إتلافُ الوكيلِ إلخ) سَواءٌ أذنَ له الموكِّلُ في القبضِ أم لَم يأذَن .

(٢) (قوله : ولا ينفسِخُ بإتلافِ الأجنَبيِّ) ولو غيرِ مُمَيِّزٍ .

(٣) (قوله : بل يتخَيَّرُ) فورًا أو مُتراخيًا وجهانِ أصحُّهما أوَّلُهما .

(٤) (قوله : وهي غيرُ واجبةٍ على مُتلِفِها إلخ) وأيضًا المنافِعُ لا وُجودَ لها بنفسِها فإنْ لَم يستعمِل الغاصِبُ فقد تلِفتْ بنفسِها فالحُكمُ كالتلَفِ بالآفةِ السَّماوِيَّةِ وإنِ استعمَلَ فإنَّما أوجَدَ ما يخُصُّه فكأنَّه لَم يوجَد ما عَقَدَ عليه المُستأجِرُ ففرق بين موجودٍ أُتلِف وبين مَعدومٍ لَم يوجَد أو وُجِدَ لكن عَيْنُ وُجودِه عَيْنُ تلَفِه .

(٥) (قوله : ثم مَحَلُّ الخيارِ إلخ) قال الأذرَعيُّ : ولينتظِر فيما لو أكله مُضطَرًّا أو مُوَجَّرًا أو مُكرَهًا ، والظَّاهِرُ في غيرِ المُوَجَّرِ كَرِهانِه أنَّه كالمُختارِ .

(٦) (قوله : ولَم يكُن إتلافُه بحَقٍّ) بأنْ لا يضمَنَه بالإتلافِ .

(٧) (قوله : أو أعتقَ باقِيه) شَمِلَ ما لو أعتقَ بعضَ باقِيه كأنْ أعتقَ من نِصفِه الباقِي سُدُسًا فإنَّه يسري إلى ثُلُثِه ثم إلى نصفِه ، قال الناشِريّ : ينبَغي تقييدُ الثمَنِ بما إذا كان مُعَيَّنًا وقد قبَضَه البائعُ ، وخَرَجَ عن مِلكِه فإنْ كان مُعَيَّنًا باقِيًا أو كان في ذمَّةِ المُشتري لَم يُعتبَر يسارُ البائعِ والرَّافِعيُّ وغيرُه أطلَقوا ذكرَ اليسارِ فتبِعَهم المُصَنِّفُ ، والمُتَّجَه ما ذكرته .

(٨) (قوله : وهو موسِرٌ بالثمَنِ) أي الذي قبَضَه وتلِف فإنْ كان مُعسِرًا به لَم ينفسِخ .

.... (كالآفةِ) (١) ولأنَّه لا يُمكِنُ تغريمُه بَدَلَ المبيعِ لأنَّه مَضمُونٌ عليه بالثَّمَنِ أمَّا لو أتْلَفه بآفةٍ بعدَ القبضِ ولو في الخيارِ فلا انفِساخَ إلا إذا قُلْنا الملْكُ له فالصَّحيحُ انفِساخُه بذلك .

(فرعٌ) لو (انقلَبَ العصيرُ) المبيعُ (خمرًا قبلَ القبضِ بَطَلَ حُكْمُ البيعِ فمتى عادَ خَلاًّ عادَ حُكْمُه وللمُشتري الخيارُ) لأنَّ الخلَّ دون العصيرِ ، وهذا الفرعُ مَوْجودٌ هنا في بعضِ النُّسخِ ولا حاجَةَ إليه فإنَّه ذَكرَه تبعًا (٢) للأصلِ في باب الرَّهنِ، وقال الأذْرَعيُّ هنا - مع نَقلِه هذا عن مُقْتضَى كلامِ الأصلِ - : وأصَحُّ القولَيْنِ أنَّ تخَمُّرَ العصيرِ كالتالِفِ وإنْ عادَ خَلاًّ .

(فرعٌ : لا أُجرَةَ على البائعِ في استعمالِ المبيعِ قبلَ القبضِ) بناءً على أنَّ إتْلافه كالآفةِ ولهذا لو أزالَ بَكارَةَ الأمَةِ لا يلزَمُه غُرمٌ ، ووافَقَ على ذلك الغزاليُّ ولا يُنافيه ما أفتى به من أنَّه إذا (٣) تعدَّى بحَبسِه مُدَّةً لِمثلِها أُجرَةٌ لَزِمَته الأُجرَةُ لأنَّ ذاك مع الامتِناعِ من الإقباضِ بخِلافِ مُجرَّدِ الانتِفاعِ فمُطلَقُ التعدِّي لا يُوجِبُ أُجرَةَ المِثلِ فما قيلَ إنَّ وُجوبَها بالانتِفاعِ أولى (٤) منه بالحبْسِ فيه نَظَرٌ .

(فرعٌ : إتْلافُ الأعجَميِّ وغيرِ المميِّزِ بأمرِ أحدِهما) أي العاقِدَيْنِ أو بأمرِ الأجنَبيِّ (كإتْلافِه) فإنْ كان بأمرِ البائعِ انفسَخَ البيعُ أو بأمرِ المشتري كان قبضًا أو بأمرِ الأجنَبيِّ خُيِّرَ المشتري فلو أمَرَه الثلاثةُ قال الإسنَويُّ فالقياسُ أنَّه يحصُلُ القبضُ (٥) في الثُّلُثِ والتخييرُ في الثُّلُثِ والانفِساخُ في الثُّلُثِ ، أمَّا إتْلافُ المميِّزِ بأمرِ واحِدٍ منهم فكإتْلافِ الأجنَبيِّ بلا أمرٍ ، وقولُه وغيرُ المميِّزِ أعَمُّ من قولِ الأصلِ

---

(١) (قوله : انفسَخَ كالآفة) قال الأذْرَعيُّ : وليُنْظَر فيما لو أُكرِهَ البائعُ على إتْلافِه هل يكونُ كالمُختارِ على المرجَّحِ أو يتخَيَّرُ المُشتري بين الفسخ والإجازَةِ ومُطالَبةِ المكْرَه لَم أرَ فيه نَقلا .

(٢) (قوله : ولا حاجَةَ إليه فإنَّه ذكرَه تبَعًا لأصلِه إلخ) قال شيخُنا المُعتمَدُ ما ذكرَه المُصنِّفُ .

(٣) (قوله : ما أفتى به من أنَّه إذا تعَدَّى إلخ) قال لأنَّه حدَثَ على مِلكِ المُشتري وضاعَ بعُدوانِ البيعِ . ا هـ . وظاهرٌ أنَّ الانتفاعَ عُدوانٌ وإنْ لَم يحصُل امتناعٌ .

(٤) (قوله : فما قِيلَ إنَّ وُجوبَها بالانتفاعِ إلخ) فالأصحُّ عَدَمُ لُزومِها وما أفتى به الغزاليُّ بَناه على الأصحِّ عندَه أنَّ إتلافه كإتْلافِ الأجنَبيِّ لكونِه غيرِ مالِكٍ .

(٥) (قولُه قال الإسنَويُّ : فالقِياسُ أنَّه يحصُلُ القبضُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه قال شيخُنا : لا يُقالُ يلزَمُ على ذلك تفريقُ الصَّفقَةِ على البائعِ وهو مُمتنِعٌ لأنَّا نَقولُ فِعلُه اقتضَى ذلك وهو أمرُ مَنْ ذكرَ بالإتْلافِ فصارَ بمَنزِلَةِ رِضاه بتفريقِها .

والصَّبِيُّ الذي لا يُمَيِّزُ .

(وإذْنُ المشتري للأجْنَبِيِّ أو للبائعِ في إتلافِه لَغْوٌ لِعَدَمِ استِقْرارِ المِلْكِ بخِلافِ الغاصِبِ فإنَّه يبْرَأُ بذلك) أيْ بإذْنِ المالِكِ في إتْلافِه لاستِقْرارِ المِلْكِ ثمَّ ومَسْألَةُ إذْنِ المشتري للأجْنَبِيِّ نَقَلَها الأصلُ عن القاضي وأقَرَّه لكنَّ القاضي أجابَ مَرَّةً أُخرَى بخِلافِه وبه جَزَمَ المتولِّي فقال : وجِنايةُ الأجْنَبِيِّ بأمرِ المشتري كجِنايتِه لأنَّه يجوزُ توْكيلُه في القبضِ بخِلافِ جِنايةِ البائعِ بأمرِه لأنَّه لا يصْلُحُ أنْ يكونَ وكيلا له في القبضِ نَقَله السُّبْكِيُّ وغيرُه ثُم قالُوا : وهذا أحسَنُ لكن لو كان الإتْلافُ مُحَرَّمًا ففيه احتِمالٌ لِعَدَمِ صِحَّةِ التوْكيلِ **(وإتْلافُ عبدِ البائعِ)** ولو بإذْنِه **(كالأجْنَبِيِّ)** أيْ كإتْلافِه .

(وكذا عبدُ المشتري بغيرِ إذْنِه فإنْ أجازَ) البيعَ **(جُعِلَ قابضًا)** كما لو أتْلَفه بنفسِه فلا شيءَ له على عبدِه وإنْ فسَخَ اتَّبعَ البائعُ الجاني وإنَّما لم يلحَقْ عبدُ البائعِ بعبدِ المشتري في التقْييدِ بغيرِ الإذْنِ لِشِدَّةِ تشَوُّقِ الشارِعِ إلى بَقاءِ العُقودِ **(وإنْ أتْلَفته دابَّتُه)** أيِ المشتري كأنْ كان علفًا فأكلَته **(نَهارًا انفسَخَ)** البيعُ **(أو لَيْلا** (١) **فله الخيارُ فإنْ فسَخَ طُولِبَ بما أتْلَفتْ)** أيْ طالبَه البائعُ ببَدَلِ ما أتْلَفه وإنْ أجازَ فقابضٌ **(و)** إنْ أتْلَفته **(بَهيمَةُ البائعِ)** (٢) فهو **(كالآفةِ)** وفي نُسخَةٍ : كإتْلافِه وإنَّما لم يُفرِّقْ فيها بين النَّهارِ والليلِ كبَهيمَةِ المشتري ، لأنَّ إتْلافَها إنْ لم يكنْ بتفريطٍ من البائعِ فآفةٌ وإنْ كان بتفريطٍ منه فقد مَرَّ أنَّ إتْلافه كالآفةِ بخِلافِ إتْلافِ بَهيمَةِ المشتري فنَزَلَ بالنَّهارِ مَنْزِلَةَ إتْلافِ البائعِ لِتفريطِه بخِلافِه لَيْلا فإنْ قُلْت : إتْلافُها لَيْلا إمَّا بتقصيرِ المشتري فيكونُ قبضًا أو لا فيكونُ كالآفةِ فينفسِخُ به البيعُ فلا وجهَ لِتخيِيرِه . قُلْت : هو بتقصيرِه ولمَّا لم يكنْ إتْلافُها صالِحًا للقبضِ خُيِّرَ فإنْ أجازَ

---

(١) (قوله : أو لَيْلا) أو وهو معها .

(٢) (قوله : وإنْ أتْلَفته بَهيمَةُ البائعِ إلخ) لو أكلَت الدَّابَّةُ المبيعَةُ ثَمَنَها قبلَ قبضِه فإنْ كان مُعَيَّنًا انفسَخَ البيعُ ، ثم إنْ كانتْ حينَئِذٍ مع البائعِ ضَمِنَه لِلمُشتري وإلا فلا وإنْ أكلَته بعدَ قبضِه لَم ينفسِخْ ثم إنْ كانتْ بيدِ المُشتري ضَمِنَه وإلا فلا وإنْ لَم يكُنْ مُعَيَّنًا بل أفْرَزَه المُشتري لِيُسَلِّمَه لَم ينفسِخْ فإنْ أكلَته لا في يدِ البائعِ لَم يرجِعْ على أحدٍ أو في يدِه ضَمِنَه ، ولو ابتلَعَ الثمَنَ حَيوانٌ وهو لا يتْلَفُ بالابتلاعِ فإنْ رُجِيَ خُروجُه منه فكالإباقِ وإلا انفسَخَ ثم إنْ لَم يكُنْ مَأكولا لَم يُشَقَّ جَوفُه ويضمَنُه مَنْ هو في يدِه وإلا فكما في الغصْبِ ، كذا حَكاه الغزاليُّ من غيرِ فرقٍ بين لَيْلٍ ونَهارٍ .

فقابضٌ ، أو فسَخَ طالَبه البائعُ بالبَدَلِ كما تقرَّرَ فما قيلَ : إنَّ مَحَلَّ ذلك [١] إذا لم يكن مالِكُها وإلا فإتلافُها مَنسوبٌ إليه [٢] لَيلا كان أو نَهارًا مَردودٌ فإنَّه مَنسوبٌ إليه مع تقصيرِه وإنْ لم يكنْ معها ولو كان معها غيرُه فإتلافُها مَنسوبٌ إليه وعَدَلَ المصنفُ عن تعبيرِ القَفَّالِ المذكُورِ في الأصلِ بقولِه : ولو كان المبيعُ علفًا فاعتلَفه حِمارُ المشتري إلى ما قاله تنبيهًا على أنَّ ذلك مِثالٌ لا تقيِيدٌ .

٨١/٢ (فرعٌ : لو صالَ المبيعُ في يدِ البائعِ على المشتري) أو غيرِه [٣] / (فقَتَله) المشتري (دَفعًا) لِصيالِه (لم يضمَنْ) ثَمَنَه لأنَّ ذلك ليس قبضًا ، وإنْ عَلِمَ أنَّه المبيعُ كما أنَّه لو قَتلَ عبدَه المغصوبَ دَفعًا [٤] لِصيالِه لا يكونُ قبضًا وإنْ عَلِمَ عبدَه وتعبيرُه بالمبيعِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالعبدِ المبيعِ .

(فرعٌ : وإتلافُ البائعِ المبيعَ) إتلافًا مُضَمِّنًا (في يدِ مُشترٍ قَبَضَه) منه (عُدوانًا بأن استحَقَّ) البائعُ (حَبْسَه كاستِردادِه) أيْ يُجْعَلُ مُستردًّا له بالإتلافِ كما أنَّ المشتري قابضٌ بالإتلافِ وقيلَ لا بل عليه قيمَتُه ولا خيارَ للمُشتري لاستِقرارِ العقدِ بالقبضِ وإنْ كان ظالِمًا فيه ولا ترجيحَ في الأصلِ فالترجيحُ من زيادَةِ المصنفِ (لكنْ) إذا جُعِلَ مُستردًّا له (هل ينفسِخُ) البيعُ بناءً على أنَّ إتلافَ البائعِ قبلَ القبضِ المعتبَرِ كالآفةِ (أو يُخَيَّرُ المشتري) بين الفسخِ والإجازَةِ بناءً على أنَّ إتلافه كإتلافِ الأجنَبيِّ (وجهانِ ، والظَّاهِرُ) منهما (عندَ الإمامِ الثَّاني) والذي يجيءُ على الصَّحيحِ من أنَّ إتلافه كالآفةِ تصحيحُ الأولِ [٥] كما قاله السُّبْكِيُّ [٦] .

---

(١) (قولـه : فما قِيلَ من أنَّ مَحَلَّ ذلك إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ عليه قاله ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه : وهو صحيحٌ : قال شيخُنا : قد جَزَمَ به الشارِحُ في شرحِ البهجةِ ولَم يعرُجْ فيه على الرَّدِّ .

(٢) (قوله : وإلا فإتلافُها مَنسوبٌ إليه إلخ) أي فيتخَيَّرُ كما مَرَّ وما ذكرَه ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه قد صَرَّحَ به الأصحابُ في غيرِ هذا الموضِعِ ، وقال الأذرَعِيُّ : إنه قَضيَّةُ كلامِ الأصحاب ولو كانتْ مع غيرِه فالإتلافُ مَنسوبٌ إليه .

(٣) (قولُه على المُشتري أو غيرِه) كَرَقِيقِه أو أصلِه أو فرعِه .

(٤) (قولـه : فقَتله دَفعًا لَم يضمَنْ) لو قَتلَ عبدًا لِلمُشتري أو ابنِ المُشتري أو المُشتري نفسَه فاقتصَّ منه المُشتري في الصُّورَتيْنِ الأُولَيَيْنِ أو وارِثُه في الثانيةِ لَم يستقِرَّ الثمنُ .

(٥) (قولُه تصحيحُ الأوَّلِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : كما قاله السُّبكِيُّ وغيرُه) فهو المذهَبُ .

(فرعٌ : وُقوعُ الدُّرَّةِ) ونَحوها (في البَحرِ) (١) إذا لم يُمكِن إخراجُها منه (وانفِلاتُ الصَّيْدِ المتوحِّشِ) والطَّيْرِ إذا لم يُرْجَ عَوْدُه قبلَ قبضِها (تلفٌ) فينفسِخُ به البيعُ لِتعَذُّرِ قبضِها (ولو غَرِقَتِ الأرضُ) بالماءِ (٢) (أو سَقَطَتْ عليها صُخورٌ) أو رَكِبَها رَملٌ قبلَ قبضِها (فهو عَيْبٌ لا تلَفٌ) فيثبُتُ به الخيارُ (٣) ولا يُناقِضُه ما في الشُّفْعَةِ من أنَّ تغريقَ الأرضِ تلَفٌ لا عَيْبٌ حتى لو حَصَلَ في بعضِها لم يأخُذ الشفيعُ إلا بالحِصَّةِ ولا ما في الإجارَةِ من أنَّه كانهدامِ الدّارِ فيكونُ تلَفًا ؛ لأنَّ الأرضَ لم تتلف والحيْلُولَةُ لا تقتضي الانفِساخَ كإباقِ العبدِ وإنَّما جُعِلَت تالِفةً فيما ذُكِرَ أمَّا في الشُّفْعَةِ فلأنَّ الشفيعَ مُتملِّكٌ والتالِفُ منها لا يصِحُّ تمَلُّكُه (٤) ، ولأنَّه يُغتفرُ في الدّوامِ ما لا يُغتفرُ في الابتِداءِ كما في بيعِ الآبقِ ونَحوِه ، وأمَّا في الإجارَةِ فلِعَدَمِ التمَكُّنِ من الانتِفاعِ لِحَيْلُولَةِ الماءِ ولا يُمكِنُ ترَقُّبُ زَوالِه لأنَّ المنافعَ تتلَفُ ولا تُضمَنُ (٥) .

(فرعٌ : وإنْ أبَقَ العبدُ) (٦) أو ضَلَّ (أو غُصِبَ قبلَ القبضِ فللمُشتري

---

(١) (قوله : فرعٌ وُقوعُ الدُّرَّةِ في البحرِ إلخ) واختلاطُ غيرِ المُتماثِلِ كثَوبٍ أو شاةٍ بغيرِه ولَم يتمَيَّزْ وسَرِقَتُه إذا لَم يُعرَف سارِقُه .

(٢) (قوله : ولو غَرِقَت الأرضُ إلخ) فإنْ رُجِي انحِسارُ الماءِ لكنَّه محَا حُدودَها ولَم يتمَيَّزْ عن غيرِها فكاختلاطِ الصُّبرَةِ بغيرِها قال شيخُنا : حاصِلُه أنَّ كُلاً من وُقوعِ الدُّرَّةِ في البحرِ وانفِلاتِ الصَّيْدِ إتلافٌ إنْ لَم يُمكِن حُصولُه فإنْ أمكَنَ ولو بعُسرٍ فلا ، ويثْبُتُ به الخيارُ ومِثلُه وُقوعُ صَخرَةٍ عَظِيمَةٍ على المبيعِ فإنْ أمكَنَ رَفعُها كان تعييبًا وإلا انفسَخَ ويُمكِنُ حَملُ كلامِ الشيخَيْنِ هذا على أنَّ مُرادَهما بلا يُمكِنُ رَفعُها أي بلا كَبيرِ مَشَقَّةٍ فلا يُنافي ما تقَرَّرَ .

(٣) (قوله : فيثبُتُ به الخيارُ) لأنَّ الأرضَ لَم تذهَب ولَم تتلَف ، والحيْلولَةُ لا تقتضي الفسخَ كإباقِ العبدِ والغصبِ قبلَ القبضِ .

(٤) (قوله : والتالِفُ منها لا يصِحُّ تمَلُّكُه) إمَّا لِعَدَمِ الرُّؤيةِ أو لِعَدَمِ الانتفاعِ به في الحالِ .

(٥) (قوله : لأنَّ المنافعَ تتلَفُ ولا تُضمَنُ) وإنَّما قِيلَ ولا تُضمَنُ لِلاحترازِ عمَّا إذا غُصِبَت الدَّابَّةُ فإنَّ الخيارَ يثبُتُ لِلمُستأجِرِ بين الفسخِ والإجازَةِ والرُّجوعِ على الغاصِبِ ؛ لأنَّ المنافِعَ مَضمونَةٌ عليه .

(٦) (قولُه فرعٌ وإنْ أبَقَ العبدُ إلخ) في فتاوى القفَّالِ أنَّه لو بُعِثَ البائِعُ في شُغلٍ إلى قَريةٍ قبلَ قبضِ الثمَنِ فليس لِلمُشتري فسخُ البيعِ أو بعدَه فإنْ كانت تلك الغيبةُ مِمَّا لِمِثلِها أُجرَةٌ فله الفسخُ وإلا فلا ، وأنَّه لو اشترَى عبدًا غائِبًا كان قد رَآه ووفَّى الثمَنَ فلا فسخَ له في الحالِ لِرِضاه بذلك لَمَّا عَلِمَ كونَه غائِبًا وله الفسخُ إذا مَضَى زَمانٌ يُمكِنُ فيه إحضارُه ولَم يُحضِره .

الخيارُ) وإنّما لم ينفسِخ البيعُ لِرَجاءِ العوْدِ (فإنْ أجازَ) البيعَ (لم ينطُل خيارُه) فله الفسخُ (ما لم يرجِع) أيِ العبدُ كما لو انقطَعَ المسلمُ فيه فأجازَ ثُم أرادَ الفسخَ ، لأنّه يتضرَّرُ كُلَّ ساعَةٍ فالخيارُ في ذلك على التراخي (ولم يلزَمه تسليمُ الثّمَنِ) قبلَ عَوْدِ العبدِ وإنْ أجازَ (فإنْ سَلَّمَه لم يستردَّه ما لم يفْسَخ) لِتمَكُّنِه من الفسخ (ولو أتلفه) أيِ المبيعَ قبلَ قبضِه (الأجنَبيُّ فأجازَ) المشتري البيعَ (بطَلَ خيارُه) لأنّه رَضي بما في ذِمَّةِ الأجنَبيِّ [١] فأشبَهَ الحوالَةَ ، وهذا بَحثٌ للقاضي [٢] ذكَرَه الأصلُ بعدَ نَقْلِه عن القفّالِ أنَّ له الفسخَ مِثلَ ما مَرَّ آنِفًا ، ويُفرَّقُ بينه وبين الرِّضا في الحوالَةِ [٣] بأنَّ الرِّضا فيها وقَعَ في ضِمنِ عَقْدٍ بخِلافِه هنا (وإنْ جحَدَه) أيِ المبيعَ (البائعُ قبلَ القبضِ) ولا بَيِّنَةَ للمُشتري (فله الخيارُ لِلتَّعَذُّرِ) أيْ لِتعَذُّرِ قبضِه حالاً كما في الآبقِ قال الأذرَعيُّ : وفي فسخِه بمُجَرَّدِ الجحدِ من غيرِ حَلِفٍ وقفةٌ إذا غَلَبَ على ظَنّه أنّه لا يحلِفُ .

(فرعٌ : لو باعَ البائعُ قبلَ القبضِ من آخرَ) وسَلَّمَه (وغَلَبَ عليه) بأن عَجَزَ البائعُ عن انتِزاعِه منه وتسليمِه للأولِ (انفسَخَ) البيعُ كإتلافِه له (فإن ادَّعَى المشتري أولا عِلْمَ الثاني بشِرائِه) له قبله (أو قُدْرَةَ البائعِ على انتِزاعِه) له من الثاني (سُمِعَتْ) دَعْواه عليهما فيحلِفانِ فإنْ نَكلا حَلَفَ هو على ما ادَّعاه وأخَذَ المبيعَ من الثاني في الأُولى وحَبَسَ البائعَ إلى أن يُسَلِّمَه أو يُقيمَ البَيِّنَةَ بعَجْزِه في الثانيةِ [٤] .

(فصلٌ : وإنْ تعَيَّبَ) المبيعُ (قبلَ القبضِ بآفةٍ) كحُمَّى وشَلَلٍ (ثَبَت) للمُشتري (الخيارُ) كما مَرَّ (بلا أرشٍ) [٥] له لِقُدرَتِه على الفسخِ (وكذا) له

---

(١) (قوله : لأنّه رَضي بما في ذمّةِ الأجنَبيِّ إلخ) ولأنّه يجوزُ له الاستبدالُ عن تلك القِيمَةِ التي في ذمّته فدَلَّ على أنّها كالمقبوضَةِ من جِهَةِ الحُكْمِ .

(٢) (قوله : وهذا بَحثٌ لِلقاضي إلخ) هو الأصحُّ .

(٣) (قوله : ويُفرَّقُ بينه وبين الرِّضا في الحوالَةِ إلخ) الفرقُ غيرُ مُؤَثِّرٍ إذ الجامِعُ الرِّضا بما في ذمّةِ الغيْرِ من غيرِ تجَدُّدِ ضَرَرٍ .

(٤) (قوله : أو يُقِيمَ البيِّنَةَ بعَجزِه في الثانية) قال شيخُنا أي عَجْزِه عن تسليمِ المبيعِ لِلحالِفِ الذي هو المشتري فإذا كانت بَيِّنَةٌ بعَجزِه غَرِمَ له قِيمَته .

(٥) (قوله : ثَبَت الخيارُ بلا أرشٍ) قال الماورديُّ : مَنْ ضَمِنَ الشيءَ بثَمَنِه لا يضمَنُ أرشَ نَقصِه عندَه كالبائعِ لَمّا ضَمِنَ المبيعَ لِلمُشتري بثَمَنِه دونَ قِيمَته لَم يضمَنْ أرشَ ما حَدَثَ من ......=

٨٢/٢ الخيارُ (**بجنايةِ البائعِ**) لأنّها كالآفةِ كما مَرَّ / بخِلافِ جنايتِه كما قال (**فإنْ قطَعَ المشتري يدَه**) [١] مَثلًا (**فيُجعَلُ قابضًا لِبعضِ المبيعِ**) أيْ لِما قطَعَه (**حتّى يستقرَّ عليه ضَمانُه**) لِما مَرَّ أنَّ إتلافه قبضٌ وبهذا فارَقَ ثُبوت الخيارِ فيما لو عَيَّبَ المستأجِرُ العينَ المؤَجَّرَةَ وما لو جَبَّتِ المرأةُ ذَكرَ زَوْجِها إذْ لا يُتخَيَّلُ إنَّ ذلك قبضٌ [٢] ، (**فإنْ تلِف**) العبدُ (**بعدَ الاندمالِ**) أو قبله بغيرِ القَطعِ (**وقبلَ القبضِ لم يضمَنِ المشتري اليدَ بأرشِها المقَدَّرِ ولا بما ينقُصُ من القيمةِ بل**) يضمَنُها (**بجُزْءٍ من الثّمَنِ**) كما يضمَنُ الجميعَ بكُلِّ الثّمَنِ (**فيُقَوَّمُ العبدُ صَحيحًا ثُمّ مَقطوعًا**) ويعرِفُ التفاوُتَ (**فيستقِرُّ عليه من الثّمَنِ مِثلُ تِلك النِّسبَةِ**) فلو قوِّمَ صَحيحًا بثَلاثينَ ومَقطوعًا بخَمسَةَ عَشرَ لَزِمَه نِصفُ الثّمَنِ ولو قوِّمَ مَقطوعًا بعِشرينَ لَزِمَه ثُلُثُ الثّمَنِ ولو عَبَّرَ بَدَلَ ثُمّ بالواوِ كما في الأصلِ كان أولى (**وإنْ قَطعَها أجنَبيٌّ**) [٣] (**فلِلمُشتري الخيارُ**) [٤] (**ويغرَمُ**) الأجنَبيُّ (**لِلمُشتري إنْ أجازَ**) العقدَ (**وقبَضَ**) المبيعَ (**أو للبائعِ إنْ فسَخَ**) المشتري (**العقدَ نِصفُ قيمَةِ العبدِ**) فيهما على القياسِ في باب الجِناياتِ نَعَم إنْ غَصَبَه من البائعِ ثُم قَطعَ يدَه لَزِمَه أكثَرَ الأمرينِ من النِّصفِ والنَّقصِ ، فلو نَقَصَ بقَطعِها ثُلُثا القيمَةِ لَزِمَه ثُلُثاها كما يُعلَمُ من باب الغصب ، وخرج بقولِه وقَبَضَ ما لو أجازَ ولم يقبض المبيعَ فلا غُرمَ على الأجنَبيِّ لِجوازِ مَوْتِ العبدِ في يدِ البائعِ وانفِساخِ البيعِ نَقَله الشيخانِ عن الماورديِّ وأقَرّاه ، وتوقَّف فيه الزَّركشيُّ لِتحقُّقِ ثُبوتِ الحقِّ للمُشتري فلا يُترَكُ لأمرٍ مُتوهَّمٍ ، قال : ثُم مُقتضاه أنّه

= نَقصِه في يدِه وكما لو باعَ شيئًا ولَم يقبض ثَمَنَه حتى حُجِرَ على المُشتري بالفلَسِ فوجَدَه ناقِصًا بآفةٍ فإنْ رَضي به فذاكَ ولا يرجِعُ على المُشتري بأرشِ نَقصِه لأنَّ المُشتري يضمَنُه بثَمَنِه وأمَّا مَن ضَمِنَ الشيءَ بقِيمَته فيضمَنُ أرشَ ما حَدَثَ من النُّقصانِ في يدِه كالغاصِب .

(١) (قوله : فإنْ قَطعَ المُشتري يدَه إلخ) أي عَيَّبَه تعَيُّبًا يضمَنُ لا لِدَفعٍ وغيرِه .

(٢) (قوله : إذْ لا يُتخَيَّلُ أنَّ ذلك قبضٌ) أوضَحَه بعضُهم فقال لأنَّ المُستأجِرَ والمرأةَ لَم يتصَرَّفا في مِلكِهما بل فيما تعَلَّقَ به حَقُّهما فلا يكونانِ بذلك مُستوفيَيْنِ بخِلافِ المُشتري .

(٣) (قوله : وإنْ قطعها أجنَبيٌّ) لو كان القاطِعُ ابنَ المُشتري فمات المُشتري قبلَ أنْ يختارَ وانتقَلَ الإرثُ لِلقاطِعِ فهل له الخيارُ لِحَقِّ الإرثِ فيه احتمالانِ لِلرُّويانيِّ فإنْ أجازَ لَم يغرَم شيئًا ، لأنَّه لا يجِبُ له على نفسِه شيءٌ وإنْ فسَخَ فعليه ما على الأجنَبيِّ ، وقولُه : فهل له الخيارُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : فلِلمُشتري الخيارُ) أي على الفورِ .

لا مُطالَبَةَ لِكُلٍّ منهما الآنَ ، وقال القاضي والإمامُ : للمُشتري مُطالَبَةُ الأجْنَبيِّ ويَلْزَمُ الماورديَّ أنَّه لو غَصَبَ المبيعَ قبلَ القبضِ لم يملِكْ أحدُهما المطالَبَةَ به انتهى . **(وإنْ تلِف سَقْفُ الدّارِ ونَحوه)** كبعضِ أبنيتِها **(فكتلَفِ أحدِ عبدَيْ الصَّفقَةِ وقد تقدَّمَ)** أنَّه ينفسِخُ البيعُ فيه ويصِحُّ في الباقي فكذا هنا . **(لا كالتعَيُّب)** بسُقوطِ اليدِ ونَحوِها لأنَّ السَّقف ونَحوه يُمكِنُ إفرادُه بالعقدِ بخِلافِ اليدِ ونَحوِها فكانتْ كالتعَيُّب بفواتِ وصْفٍ فلا يُقابلُ سُقوطَها بعِوضٍ .

(فصلٌ : لا يصِحُّ بيعُ المبيعِ قبلَ القبضِ [١] ولا الاشتِراكُ فيه ، و) لا **(التوْليةُ)** مَنقولا كان أو عَقارًا وإنْ أذِنَ البائِعُ وقَبَضَ الثّمَنَ لِخَبَرِ : «مَن ابتاعَ طَعامًا فلا يبعه حتّى يستوْفيه» قال ابنُ عَبّاسٍ : ولا أحسِبُ كُلَّ شيءٍ إلا مِثلَه» رواه الشيخانِ [٢] «ولِقولِه ﷺ لِحَكيم بْنِ حِزامٍ : لا تبيعَنَّ شَيْئًا حتّى تقبضَه» رواه البيهَقيُّ وقال : إسْنادُه حَسَنٌ مُتَّصِلٌ [٣] ولِضَعفِ المِلْكِ قبلَ القبضِ بدَليلِ انفِساخِ العقْدِ بالتلَفِ قبله ، وتعبيرُ المصنفِ بلا يصِحُّ نَصَّ على الغرَضِ من تعبيرِ أصلِه بلا يجوزُ ، **(وكذا)** لا تصِحُّ **(الكِتابَةُ والهبَةُ [٤])** والصَّدَقَةُ كما صرّحَ بها الأصلُ **(والرَّهْنُ [٥] والإجارَةُ والإقراضُ)** للمَبيعِ قبلَ قبضِه **(ولا جَعلُه عِوضًا)** في نِكاحٍ أو خُلعٍ أو صُلحٍ أو سَلمٍ أو غيرِها لِضَعفِ المِلْكِ كما مَرَّ ، **(ولو)** كان البيعُ أو غيرُه مِمّا ذُكِرَ **(من البائِعِ [٦])** فإنَّه لا يصِحُّ لِعُمُومِ الأخبارِ ولِضَعفِ المِلْكِ لكنَّ مَحَلَّ مَنعِ الرَّهْنِ منه إذا رَهَنَ ذلك بالثّمَنِ وكان له حَقُّ الحبْسِ وإلا جازَ على الأصَحِّ

---

(١) (قولـه : لا يصِحُّ بَيْعُ المبيعِ قبلَ القبضِ) مُعَيَّنًا كان أو في الذِّمَّةِ ولا بعدَه ما بَقِي خيارُ البائِعِ .

(٢) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، حديث (٢١٣٢) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، حديث (١٥٢٥) .

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٥/٣١٣) حديث (١٠٤٤٦) .

(٤) (قوله : وكذا الكِتابةُ والهبةُ) لأنَّ كُلاًّ منهما عَقدٌ يُقصَدُ به تمليكُ المالِ في الحالِ فأشبَهَ البيعَ .

(٥) (قوله : والرَّهنُ والإجارَةُ) أمّا لو استأجَرَ دارًا فله إجارَتُها قبلَ القبضِ على الأصحِّ ، والفرقُ بينه وبين المبيعِ أنَّ المعقودَ عليه المنافِعُ وهي لا تصيرُ مَقبوضَةً بقبضِ العيْنِ فلا يُؤَثِّرُ فيها قبضُ العيْنِ .

(٦) (قوله : ولو من البائِعِ) أمّا البيعُ الضِّمنيُّ لِلبائِعِ فإنَّه يصِحُّ .

المنصوص ، قالَه السبكيُّ وغيرُه خلافًا لِما يُفهِمُه كلامُ المصنفِ [١] كأصلِه (إلا إن اشتراه بمِثلِ ما باعَه إذ هو إقالةٌ بلفظِ البيعِ فيصِحُّ) نَقَله الشيخانِ عن المتولِّي وأقرَّاه . والمتولِّي وإنْ لم يجزِم به لكنَّه نقَله عن بعضِ أصحابنا ونَقَلَ عن آخَرينَ أنَّه بيعٌ صَحيحٌ فأخَذَ الشيخانِ بالأُولى ، وقد ذَكرَهما القاضي وبَناهما على أنَّ العِبرَةَ في العُقودِ باللفظِ أو بالمعنَى والأصحابُ تارَةً يعتبرونَ اللفظَ وهو الأكثرُ كما لو قال : بعتُك هذا بلا ثَمنٍ لا ينعَقِدُ بيعًا ولا هبَةً على الصَّحيحِ وكما لو قال اشتريت منك ثَوبًا صِفتُه كذا بكذا ينعقِدُ بيعًا لا سَلمًا على الصَّحيحِ وتارَةً يعتبرونَ المعنَى [٢] كما لو قال : وهبتُك هذا الثوْبَ بكذا ينعَقِدُ بيعًا على الصَّحيحِ فلم يُطلِقوا القولَ باعتِبارِ اللفظِ بل يختلِفُ الجوابُ بقوَّةِ المدرِكِ كالإبراءِ في أنَّه إسقاطٌ أو تمليكٌ وفي أنَّ النَّذرَ يُسلَكُ به مَسلَكَ الواجِبِ أو الجائزِ وفي أنَّ الطَّلاقَ الرَّجعيَّ يُزيلُ المِلْك أو لا ، هذا وقد نَقَلَ في الأنوارِ كلامَ المتولِّي الذي ذَكرَه المصنفُ ثُم قال : وقال صاحِبُ التهذيب في تعليقِه : الأصَحُّ أنَّه بيعٌ فلا يصِحُّ على ظاهرِ المذهَب ثُم كلامُهم هنا يقتضي أنَّ
٨٣/٢ الإقالةَ تصِحُّ بمِثلِ الثَمَنِ والمعروفِ / بعَيْنِه فيُحمَلُ كلامُهم هنا [٣] على ما إذا كان في الذِّمَّةِ أو كان قد تلِف (وينفُذُ) من المشتري (قبلَ القبضِ العِتقُ [٤] والاستيلادُ والتزْويجُ للمبيع[٥] والوقفُ إنْ لم يحتجْ قَبولا[٦]) وإنْ كان للبائعِ حَقُّ الحبسِ لِقوَّةِ العِتقِ [٧] ولِهذا يصِحُّ إعتاقُ الآبقِ ويُفارِقُ إعتاقَ المرهونِ من الرَّاهنِ المعسِرِ بأنَّ الرَّاهنَ حَجَرَ على نفسِه ، والاستيلادُ والوقفُ المذكُورُ في معنى العِتقِ بخِلافِ الوقفِ المحتاجِ إلى القَبولِ بأنْ كان على مُعيَّنٍ فإنَّه كالبيعِ على مُقتضَى كلامِه كأصلِه هنا لكنَّ الذي اختارَه النَّوويُّ في الرَّوْضَةِ في السَّرِقَةِ ونَقَله في شرحِ الوسيطِ

---

(١) (قوله : يُفهِمُه كلامُ المُصَنِّفِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وتارَةً يعتبرونَ المعنَى إلخ) وتارَةً لا يعتبرونَ اللَّفظَ ولا المعنَى كما لو قال أسلَمت إليك هذا الثوبَ في هذا العبدِ ، فإنَّ الصَّحيحَ أنَّه لا ينعَقِدُ بَيْعًا ولا سَلَمًا .

(٣) (قوله : فيُحمَلُ كلامُهم هنا) أشارَ إلى تصحيحِه

(٤) (قوله : وينفُذُ قبلَ القبضِ العِتقُ) يمتنِعُ العِتقُ على مالٍ أو عن كَفَّارَةِ الغيرِ .

(٥) (قوله : والتزويجُ لِلمَبيعِ) عبدًا كان أو أمَةً .

(٦) (قوله : والوقفُ إنْ لَم يحتجْ قبولا) في بعضِ النُّسخِ وإنِ احتاجَ قبولا .

(٧) (قوله : لِقوَّةِ العِتقِ) ويصيرُ به قابضًا كما سيأتي ولِهذا لو كان بعِوضٍ استقرَّ به العِوضُ والعِوضُ لا يستقِرُّ إلا بالقبضِ .

عن النَّصِّ . وهو المعتمَدُ أنَّ الوقف على مُعَيَّنٍ لا يحتاجُ إلى قَبولٍ (١) فينفُذُ قبلَ القبضِ وأمَّا التزوجُ فلأنَّه لا يقتضي القُدرَةَ على التسليمِ لِصِحَّةِ تزويجِ الآبقَةِ ويصِحُّ أيضًا بيعُ العبدِ من نفسِه كما بَحَثَه الزَّركشيُّ (٢) بناءً على الأصَحِّ من أنَّه عَقدُ عَتاقَةٍ وتصِحُّ الوصيَّةُ به وتدبيرُه وإباحَتُه للفُقَراءِ فيما سَيأْتي .

(ويصيرُ) المشتري بالإعتاقِ والاستيلادِ والوقفِ (قابضًا) للمَبيعِ وإنْ كان للبائِعِ حَقُّ الحبسِ (لا) بالتزويجِ ولا (بوطءِ الزَّوجِ) قال البَغَوِيّ : ويحصُلُ القبضُ أيضًا باستيلادِ أبيه كما مَرَّ (فإنْ لم يرفع البائِعُ يدَه بعدَ الوقفِ) والاستيلادِ (ضَمِنَه) بالقيمَةِ لا بالثَّمَنِ (ويصيرُ) المشتري (قابضًا) أيضًا (لِصُبرَةٍ اشتراها جُزافًا وأباحَها للمَساكينِ إنْ قَبَضوها) وخرج بجزافاً ما لو اشتراها مُقَدَّرَةً بكيلٍ أو غيرِه فلا يصِحُّ قبضُها إلا كذلك وبقولِه من زيادَتِه إنْ قَبَضوها (٣) ، أمَّا إذا لم يقبضوها فلا يكونُ قابضًا ، وفارَقَ صِحَّةَ الإباحَةِ عَدَمُ صِحَّةِ التصَدُّقِ بأنَّها ليست تمليكًا بخِلافِ التصَدُّقِ .

(فرعٌ) لو (باعَ عبدًا بثوبٍ فقَبَضَ الثوبَ وباعَه ثُمَّ هَلَكَ العبدُ) عِندَه (قبلَ القبضِ انفسَخَ) العقدُ (في العبدِ) لِتلَفِه قبلَ قبضِه (دون الثوب) لا ينفسِخُ فيه (وإنْ لم يقبض الثوبَ مُشتريه) لِتعَلُّقِ حَقِّه به (وضَمِنَ) البائِعُ (قيمَته لِمشتري العبدَ) لِتعَذُّرِ رَدِّه (فإنْ تلِفَ الثوبُ أيضًا في يدِه) قبلَ قبضِه (غرِمَ قيمَته لِبائِعِه) وهو مُشتري العبدَ (ويرُدُّ ثمَنَه لِمشتريه) منه .

(فصلٌ : يصِحُّ بيعُ مالِه) وهو (تحت يدِ الغيرِ بأمانَةٍ (٤)) لِتمامِ المِلْكِ (٥) فيه فإنَّه لو تلِف تلِف على مِلْكِ مالِكِه وذلك (كوديعَةٍ) بيدِ المودَعِ (ومالِ شرِكَةٍ)

---

(١) (قوله : أنَّ الوقف على مُعَيَّنٍ لا يحتاجُ إلى قبولٍ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : كما بَحَثَه الزَّركَشيُّ) وغيرُه .

(٣) (قوله : وبقولِه من زيادَته إنْ قَبَضوها إلخ) وبه صَرَّحَ الماورديُّ وألحَقَ بـه كُلَّ استهلاكٍ من جِهَةِ المُشتري مُباحٍ أو غيرِه .

(٤) (قولـه يصِحُّ بَيْعُ مالِه تحت يدِ الغيرِ بأمانَةٍ) شَمِلَ الأمانَةَ الشرعيَّةَ كما لو طَيَّرَت الرِّيحُ ثوبًا إلى دارِه وكَتَبَ أيضًا لو باعَ ماله في يدِ غيرِه أمانَةً فهل لِلبائِعِ وِلايةُ الانتزاعِ من ذلك الغيرِ بدونِ إذنِ المُشتري ليتخلَّصَ من الضَّمانِ ويستقِرَّ العقدُ قال الزَّركَشيُّ الظَّاهِرُ نَعَم بل يجِبُ لِتوجُّه التسليمِ على البائِعِ وقولُه الظَّاهِرُ نَعَم بل يجِبُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : لِتمامِ المِلكِ فيه) والقُدرَةِ على تسليمِه وفقدِ عِلَّةِ المُعاوضَةِ .

بيدِ الشريكِ (أو) مالِ(قِراضٍ) بيدِ العاملِ قال القاضي بعدَ الفسخِ والإمامُ قبلَ أن يربحَ وفيهما نَظَرٌ [١] (وما تحت يدِ وكيلٍ) ببيعٍ أو غيرِه (ومَرهونٍ) بيدِ المرتهنِ (بعدَ انفِكاكِ) لِلرَّهنِ [٢] (ومُستأجَرٍ انقضَتْ مُدَّتُه) وهو بيدِ مُستأجِرِه (وما في يدِ القَيِّمِ) أي القائمِ بأمرِ الصَّبيِّ ونَحوِه (بعدَ بُلوغِ الصَّبيِّ رَشيدًا) أو رُشدِ السَّفيه أو إفاقَةِ المجنونِ (وكسب العبدِ) الحاصِلِ باحتِطابٍ وغيرِه (ووصيَّةٍ قَبلها) العبدُ والمرادُ ما كسَبَه أو قَبله بالوصيَّةِ ولم يقبضه سَيِّدُه (والموصَى به لِمَنْ قَبلَه) (بعدَ الموْتِ) ولم يقبضه (وارِثٌ) بمعنى مَوْروثٍ (يملِكُ المالِكُ بيعَه) ولم يقبضه الوارِثُ، بخِلافِ ما لا يملِكُ المالِكُ [٣] بيعَه بأن اشتراه ولم يقبضه (وما اشتراه من مُورِّثِه وماتَ) مُورِّثُه (قبلَ قبضِه فله بيعُه وإنْ كانَ) مُورِّثُه (مَديُونًا [٤] ، ودَيْنُ الغريمِ) في صورةِ الدّينِ (مُتعلّقٌ بالثمَنِ وإنْ كان له) أي لِمُورِّثِه (وارِثٌ آخَرُ لم ينفُذ بيعُه) ذلك (في قدرِ نَصيبِ الآخَرِ) منه لو ورِثَه (حتّى يقبضَه ، وكذا) يصِحُّ بيعُ (ما كانَ) له تحت يدِ غيرِه (مَضمُونًا بالقيمَةِ [٥]) أو بالمِثلِ لِما مَرَّ (ويُسَمَّى ضَمانُ اليدِ كالمفسوخِ بعَيبٍ) أو غيرِه وهو باقٍ بيدِ المشتري ، ومَحلُّه (بعدَ رَدِّ الثمَنِ) للمُشتري وإلا فلا يصِحُّ بيعُه لأنَّ للمُشتري حَبسَه إلى استِردادِ الثمَنِ (ومَغصوبٍ) فيصِحُّ بيعُه (لِقادِرٍ) على انتِزاعِه كما يصِحُّ بيعُه من الغاصِب (ورَأسِ مالِ سَلمٍ فُسِخَ) لانقِطاعِ المسلمِ فيه أو غيرِه (ومَقبوضٍ بعَقدٍ فاسِدٍ [٦])
٨٤/٢ / لِفواتِ شرطٍ أو نَحوِه (لا المضمُونُ ضَمانَ عَقدٍ) فلا يصِحُّ بيعُه (كالبيعِ ونَحوِه

---

(١) (قوله : وفيهما نَظَرٌ إذ كُلٌّ منهما مَردودٌ) لأنَّه بعدَ فسخِ العقدِ ليس مالَ قِراضٍ وإنَّ العامِلَ لا يملِكُ حِصَّته من الرِّبحِ بظُهورِه وكَتبَ أيضًا الأصحُّ ما أطلَقَه الأصحابُ .

(٢) (قوله : ومَرهونٌ بعدَ انفِكاكِ لِلرَّهنِ) إنَّما يكونُ أمانَةً إذا لَم يمتنِع المُرتهِنُ من الرَّدِّ بعدَ المُطالبَةِ وإلا فهو مَضمونٌ فلا يصِحُّ بَيْعُه ولا عُمومَ لِمَفهومِ قولِه بعدَ انفِكاكٍ فإنَّ ما قبله كذلك إذا أُذِنَ المُرتهِنُ .

(٣) (قوله : بخلافِ ما لا يملِكُ المالِكُ بَيْعَه إلخ) لكنَّه حينَئِذٍ ليس في يدِ بائِعِه بأمانَةٍ بل هو مَضمونٌ عليه .

(٤) (قوله : فله بَيْعُه وإنْ كان مَديونًا) لِجَعلِ الوارِثِ قابضًا حُكمًا .

(٥) (قوله : وكذا ما كان مَضمونًا بالقِيمَة) شَمِلَ المُعارَ بيدِ المُستعيرِ إذا كان أرضًا وقد غَرَسَها .

(٦) (قوله : ومَقبوضٌ بعَقدٍ فاسِدٍ كَشِراءٍ وهبةٍ فاسِدَيْنِ) اقتضَى أنَّ الهبةَ الفاسِدَةَ مَضمونَةٌ ، وقد صَرَّحَ بـه في الصَّغيرِ في اتِّهابِ المُحرِمِ لِلصَّيدِ لكن أطلَقَ الرَّافِعِيُّ فيها خلافًا في باب الهبةِ ، فصحَّحَ النوويُّ عَدَمَ الضَّمانِ ، ويوافِقُه كلامُهما في الوصايا والعِتقِ وكذا في التيمُّمِ في =

قبلَ القبضِ ، وكذا عِوضُ النّكاحِ والخُلْعِ والقَودِ) ونَحوِها كما مَرَّ بَيانُه .

(فرعٌ : لو أفْرَزَ له السُّلْطانُ عَطاءً) يستحِقُّه ورَضِي بـه (جازَ بيعُه قبلَ القبضِ) لِلرِّفْقِ بالجُنْدِ (١) ، ولأنَّ يدَ السُّلْطانِ في الحِفْظِ يدُ المفرَزِ له (وكذا يصِحُّ بيعُ) أحدِ الغانِمينَ لِقدرٍ (مَعلُومٍ مَلكَهُ من الغنيمَةِ شائِعًا) ومِلْكُ الغنيمَةِ يحصُلُ باختيارِ التمَلُّكِ كما سَيأتي في السِّيَرِ . (و) كذا بيعُ (مَوْهوبٍ رجع فيه الولَدُ) يصِحُّ قبلَ القبضِ (لا) بيعُ (شِقصٍ أُخِذَ بشُفعَةٍ) ولم يُقبَض ؛ لأنَّ الأخذَ بها مُعاوضَةٌ (وله بيعُ مَقسومٍ (٢) قِسمَةَ إفْرازٍ) قبلَ قبضِه بخِلافِ قِسمَةِ البيعِ ليس له بيعُ ما صارَ له فيها من نَصيبِ صاحِبه قبلَ قبضِه . (و) له (بيعُ ثَمَرٍ على شَجَرٍ (٣) مَوْقوفٍ عليه) قبلَ أخذِه وكذا سائِرُ غَلاتِ وقفٍ حَصَلَتْ لِجَماعَةٍ وعَرَف كُلٌّ قدرَ حِصَّتِه كما نَقَله في المجمُوعِ عن المتولِّي وأقَرَّه .

(لا بيعُ ثَوْبٍ استأْجَرَ) مالِكُه (مَن يصبغُه أو يُقصِّرُه) فلا يصِحُّ (قبلَ العمَلِ ولا بعدَه قبلَ أداءِ الأُجْرَةِ لأنَّه) أيِ الأجيرَ (يستحِقُّ الحبسَ لها) أي للأُجرَةِ أي لِعَمَلِ ما يستحِقُّها به في الأُولى ولاستيفائِه في الثانيـةِ كذا جَزَمَ به الأصلُ ونَقَله في المجمُوعِ عن المتولِّي وغيرِه ثُم قال : قال المتولِّي : ولـو استأْجَرَه ليرعَى غَنَمَه أو ليحفظَ مَتاعَه المعَيَّنَ شَهرًا كان له التصَرُّفُ في ذلك المالِ قبلَ انقِضاءِ الشهرِ لأنَّ حَقَّ الأجيرِ لم يتعَلَّق بعَيْنِه إذ للمُستأْجِرِ أن يستعمِله في مِثلِ ذلك العمَلِ انتهى . وهذا الاختِلافُ مَبنِيٌّ على أنَّه هل يجوزُ إبدالُ المستوْفى به أو لا ؟ وسَيأتي بَيانُه في باب الإجارَةِ (٤) ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ كُلًّا من الصَّبغِ والقِصارَةِ (٥) عَيْنٌ فناسَبَ حَبسَه

= هبةِ الماءِ بعدَ الوقت وهو مُقتضَى قاعِدَةِ فاسِدِ العُقودِ كما قالـه الإسنَوِيُّ ، وقال في الحواشي : مَحَلُّه إذا لَم يقبلها المتَّهبُ وإلا ضَمِنَه قَطعًا وكلامُ الماورديِّ صَريحٌ فيه .

(١) (قوله : لِلرِّفْقِ بالجُنْدِ) لِمَسيسِ الحاجةِ ولأنَّ بَيْعَ الغانِمِ القدرَ الذي عَيَّنَه له الإمامُ قبولٌ منه لا سيَّما إذا وُجِدَ منه الرِّضا بقِسمَةِ الإمامِ .

(٢) (قوله : وله بَيْعُ مَقسوم) وقِسمَةُ مَبيعٍ .

(٣) (قوله : وبَيْعُ ثَمَرٍ على شَجَرٍ إلخ) إذا كان له وِلايةُ التصَرُّفِ فيها .

(٤) (قولـه : وسَيأتي بَيانُه في باب الإجارَةِ) فالرَّاجِحُ جَوازُ البيعِ لأنَّه بسَبيلٍ من أن يأتي ببَدَلِـه أو يُسلِمَ الأجيرُ نفسَه ويستحِقَّ الأُجرَةَ .

(٥) (قوله : وقد يُفرَّقُ بأنَّ كُلًّا من الصَّبغِ إلخ) هذا مُنتقِضٌ بصَوغِ الذَّهبِ ورياضَةِ الدَّابَّةِ ونَسجِ الثوبِ ونحوِها ويُمكِنُ حَمْلُ كلامِ المُتولِّي الأخيرِ على تصَرُّفِه بعدَ الإبدالِ بل تعليلُه دالٌّ عليه .

كسائِرِ الأعيانِ بخِلافِ الرَّعيِ والحِفظِ ، وسواءٌ فيما ذُكِرَ أسَلَّمَ الثوْبَ للأجيرِ قبلَ البيعِ أو لا فتقييدُ الأصلِ ذلك بتسليمِه مُجَرَّدُ تصويرٍ ، ولهذا حَذَفه المصنفُ (وقِس عليه) صَوْغَ الذَّهَب ورياضَةَ الدّابَّةِ ونَسجَ الثوْب ونَحوها (١) ، (وإزالَةُ امتِناعِ الصَّيدِ قبضٌ له) حُكمًا فبيعُه إنَّما هو بعدَ قبضِه لا قبله فليس مِمّا نحن فيه كما زَعَمَه بعضُهم .

(فرعٌ : له بيعُ زَوائِدِ المبيعِ) كولَدٍ وثَمَرَةٍ (قبلَ القبضِ) لها بناءً على أنَّها لا تعودُ إلى البائِعِ لو عَرَضَ انفِساخٌ .

(فرعٌ ، يبطُلُ بيعُ الثَّمَنِ المعَيَّنِ (٢)) وسائِرُ التصَرُّفاتِ فيه (قبلَ القبضِ وينفسِخُ البيعُ بتلَفِه) قبلَ قبضِه (ورَدِّه بالعيْب) كما في المبيعِ وما تقَدَّمَ فيه يأتي هنا (ثُمَّ الاعتياضُ عنه) بأنْ أبدَله بجِنسِه أو بغيرِ جِنسِه قبلَ قبضِه (كالبيعِ من البائِعِ قبلَ القبضِ) فلا يصِحُّ إلا إنْ كان الاعتياضُ عنه بعَيْنِ المبيعِ أو بمِثلِه إنْ تلِفَ أو كان في الذِّمَّةِ .

(فصلٌ : يجوزُ الاستِبدالُ عن كُلِّ دَيْنٍ ليس بثَمَنٍ ولا مُثَمَّنٍ (٣)) كدَيْنِ قَرضٍ وإتلافٍ وبَدَلِ خُلعٍ (٤) لاستِقرارِه بخِلافِ دَيْنِ المسلِمِ كما سَيأتي (وإنْ كان) الدَّيْنُ (مُؤَجَّلا (٥)) فإنَّه يجوزُ الاستِبدالُ عنه فيجوزُ استِبدالُ الحالِّ عنه وكأنَّ صاحِبَه عَجَّله بخِلافِ عَكسِه لِعَدَمِ لُحوقِ الأجَلِ ، وكلامُه يقتضي خِلافه (٦) وليس مُرادًا وعِبارَةُ الأصلِ ولا يجوزُ استِبدالُ المؤَجَّلِ عن الحالِّ ويجوزُ عَكسُه . (وكذا) يجوزُ الاستِبدالُ (عن الثمَنِ) الذي في الذِّمَّةِ (٧) وإنْ لم يكنْ نقدًا لِخَبَرِ «ابنِ عُمَرَ كُنت أبيعُ الإبِلَ بالدَّنانيرِ وآخُذُ مَكانها الدَّراهِمَ وأبيعُ بالدَّراهِمِ وآخُذُ مَكانها الدَّنانيرَ

---

(١) (قوله : ونحوِها) من كُلِّ عملٍ يجوزُ الاستئجارُ عليه ويظهَرُ به أثَرٌ بخلافِ الرَّعيِ والحِفظِ .

(٢) (فرعٌ) يبطُلُ بَيْعُ الثمَنِ المعَيَّنِ قبلَ القبضِ وبعدَه ما بَقِيَ خيارُ المُشتري .

(٣) (قوله : عن كُلِّ دَيْنٍ ليس بثَمَنٍ ولا مُثَمَّنٍ) يُستثنَى عَقدُ الصَّرفِ فإنَّه لا يجوزُ فيه الاستبدالُ لأنَّه يشترِطُ قبضَ ما وقَعَ عليه العقدُ ولهذا لا يجوزُ الإبراءُ منه أيضًا وسَيأتي .

(٤) (قوله : وبَدَلِ خُلعٍ ودَيْنِ الضَّمانِ) ولو ضَمانُ المُسلِمِ فيه كما أوضَحته في الفتاوى .

(٥) (قوله : وإنْ كان مُؤَجَّلا) قال الفتى قولُه وإنْ كان مُؤَجَّلا عَقِبَ قولِه ليس بثَمَنٍ ولا مُثَمَّنٍ غيرُ مُستقيمٍ لأنَّه فسَّرَه في الرَّوضَةِ بدَيْنِ القرضِ والإتلافِ وهما لا يتأجَّلانِ أصلا .

(٦) (قوله : وكلامُه يقتضي خلافه) ليس كذلك .

(٧) (قوله : وكذا عن الثمَنِ الذي في الذِّمَّةِ وإنْ كان مُؤَجَّلا) قال شيخُنا لكنْ بعدَ لُزومِ العقدِ .

فأتيت النَّبيَّ ﷺ فسألته عن ذلك فقال : «لا بأْسَ إذا تفرَّقتُما وليس بينكُما شيءٌ» رواه الترمذيُّ وغيرُه وصحّحه الحاكمُ على شرطِ مُسلِمٍ (١) ، وسواءٌ أقبَضَ الثمَنَ أم لا فقولُه في الخبَرِ «وليس بينكُما شيءٌ» أي من عَقدِ الاستِبدالِ لا من العقدِ الأولِ بقَرينَةِ روايةٍ أُخرى تدُلُّ لِذلك (فيجوزُ الاستِبدالُ عن القَرضِ) بمعنى المقرضِ (ولو لم يتلف) وإنْ كان قبلَ تلفِه غيرُ مُستقِرٍّ في الذِّمَّةِ من حَيثُ إنَّ للمُقرِضِ أن يرجِعَ في عَينِه (لا) الاستِبدالَ (عن المُثَمَّنِ) الذي في الذِّمَّةِ بغيرِ جِنسِه أو نَوْعِه (وهو المسلمُ فيه (٢)) ونَحوُه كالبيعِ في الذِّمَّةِ إذا عَقَدَ عليه بغيرِ لفظِ السَّلمِ فلا يجوزُ لأنَّ المبيعَ مع تعيُّنِه لا يجوزُ بيعُه قبلَ قبضِه فمع كونِه في الذِّمَّةِ أولى ، وفرَّقَ بينه وبين الثمَنِ بأنَّه مُعرَّضٌ بانقِطاعِه لِلانفِساخِ أو الفسخِ وبأنَّ عَينَه تُقصَدُ بخِلافِ الثمَنِ / فيهما هذا كُلُّه فيما لا يُشترَطُ قبضُه في المجلِسِ أمَّا غيرُه كربَوِيٍّ بيعَ بِمثلِه ٨٥/٢ ورأسِ مالِ سَلمٍ فلا يجوزُ الاستِبدالُ عنه إذ لم يُوجَد قبضُ المعقودِ عليه في المجلِسِ ، وقد صرّحَ بذلك الماورديُّ والرُّويانيُّ وغيرُهما وسَيُعلمُ من باب السَّلمِ .

(فرعٌ : الثمَنُ هو النَّقدُ (٣)) إنْ قوبِلَ بغيرِه للعُرفِ (فإنْ كانا نَقدَيْنِ أو عَرَضَيْنِ فما التصَقَ به الباءُ) المسَمَّاةُ بباءِ الثَمَنيَّةِ هو الثمَنُ ، والمثَمَّنُ ما يُقابلُه ، (فلو قال : بعتُك هذِه الدّراهمَ بعبدٍ ووَصَفه ، فالعبدُ مَبيعٌ) لا يجوزُ الاستِبدالُ عنه (والدّراهمُ ثمَنٌ) وعَدَلَ عن قولِ الأصلِ بهذا العبدِ إلى ما قاله ليشمَلَ المثَمَّنَ في الذِّمَّةِ (أو) بعتُك (هذا الثوبَ بعبدٍ ووصَفه فالعبدُ ثمَنٌ يجوزُ الاستِبدالُ

---

(١) رواه الترمذي (٥٤٤/٣) كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصرف ، حديث (١٢٤٢) ، والحديث رواه أبو داود (٢٥٠/٣) كتاب البيوع ، باب في اقتضاء الذهب من الورق ، حديث (٣٣٥٤) ، والنسائي (٢٨١/٧) حديث (٤٥٨٢) ، وابن ماجه (٣٣٦/٢) حديث (٢٢٦٢) ، والدارمي في سننه (٣٣٦/٢) حديث (٢٥٨١) ، والحاكم في المستدرك (٥٠/٢) حديث (٢٢٨٥) .

(٢) (قوله : لا عن المُثَمَّنِ وهو المُسلَمُ فيه) روى الدَّارَقُطنيُّ «من أسلَفَ في شيءٍ فلا يأخُذُ إلا ما أسلَفَ فيه أو رَأسَ مالِه» والحيلَةُ في الاعتياضِ أنْ يفسَخا السَّلمَ ثم يعتاضَ عن الثمَنِ الذي في ذمَّةِ المُسلَمِ إليه ويعتبرُ أن يتقابَضا في المجلِسِ لِئلاَّ يصيرَ بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ .

(٣) (قوله : فرعُ الثمَنِ هو النقدُ) قال شيخُنا يُؤخَذُ من ذلك ومِمَّا مَرَّ أنَّ المبيعَ في الذِّمَّةِ لا يُستبدَلُ عنه أنَّه لو قال بعتُك هذا الدّينارَ بكذا من الفُلوسِ فالنقدُ الثمَنُ ومُقابلُه مَبيعٌ في الذِّمَّةِ أنَّه لا يجوزُ الاعتياضُ عن الفُلوسِ بفِضَّةٍ ولا غيرِها إلا أن يكونَ المأخوذُ من جِنسِها .

عنه لا عن الثوب) لأنَّه مُثمَّنٌ بل ومُعَيَّنٌ ، وقَضيَّةُ كلامِهم أنَّه لو باعَ عبدَه [(١)] بدراهمَ سَلمًا كانت ثمنًا وصَحَّ الاستِبدالُ عنها لأنَّها ثمنٌ ، وقَضيَّةُ ما مَرَّ قبلَ [(٢)] الفرعِ أنَّه لا يصِحُّ الاستِبدالُ عنها لأنَّها مُسلمٌ فيها ، وقد يُجابُ بالتِزامِ عَدَمِ الصِّحَّةِ ويُحمَلُ قولُهم يصِحُّ الاستِبدالُ عن الثمَنِ على الغالِب .

(فرعٌ : يُشترَطُ) في صِحَّةِ الاستِبدالِ **(تعيينُ بَدَلِ الدَّينِ في المجلِسِ)** سواءٌ اتَّفقَتْ عِلَّتُهما في الرِّبا أم لا ، ليخرُجَ عن بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ **(لا)** في **(العقدِ)** أي لا يُشترَطُ التعيينُ فيه كما لو تصارَفا في الذِّمَّةِ **(فلو اتَّفقَتْ عِلَّتُهما في الرِّبا)** كدراهمَ عن دَنانيرَ أو عَكسَه **(لم يكفِ التعيينُ)** في المجلِسِ **(عن القبضِ)** للبَدَلِ **(فيه)** بل يُشترَطُ القبضُ فيه كما دَلَّ عليه الخبَرُ المذكُورُ حَذَرًا من الرِّبا بخِلافِ ما إذا لم تتَّفِق عِلَّتُهما في الرِّبا كثَوْبٍ عن دراهمَ لا يُشترَطُ قبضُه في المجلِسِ كما لو باعَ ثَوْبًا بدراهمَ في الذِّمَّةِ لا يُشترَطُ قبضُ الثوبِ فيه **(والاستِبدالُ : بيعُ الدَّينِ ممَّنْ عليه)** كما تقرَّرَ **(وهو)** أي وبيعُه **(من غيرِه)** كأنْ اشترَى عبدَ زَيْدٍ بمِائَةٍ له على عَمرٍو **(جائزٌ)** لاستِقرارِه كبيعِه ممَّنْ عليه **(بشرطِ قبضِ البَدَلِ والدَّينِ في المجلِسِ)** وهذا ما صحَّحه في الرَّوْضَةِ وحَكاه جَماعَةٌ عن النَّصِّ واختارَه السُّبكيُّ وصحَّح الرَّافعيُّ عَدَمَ جوازِه لِعَدَمِ القُدرَةِ على تسليمِه وتبعَه عليه في المنهاجِ [(٣)] ، وعلى الأولِ قال في المطلَب : يُشترَطُ أنْ يكونَ المديُونُ مَليًّا [(٤)] مُقِرًّا وأنْ يكونَ الدَّينُ حالًّا مُستقِرًّا ، وعُلِمَ من كلامِ المصنفِ أنَّهما لو تفرَّقا قبلَ قبضِ أحدِهما بَطَلَ البيعُ ، وبه صرَّحَ الأصلُ كالبَغَويِّ [(٥)] ، قال في المطلَب : ومُقتضَى كلامِ الأكثرِ يُخالِفُه ووافقَه السُّبكيُّ واختارَه وبه صرَّحَ ابنُ الصَّبَّاغِ في كِتاب الهبَةِ فقال : لا يحتاجُ فيه إلى القبضِ لأنَّ الشافعيَّ جَعله كالحوالَةِ . انتهى .

---

(١) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِهم أنَّه لو باعَ عبدَه إلخ) ليس ذلك قَضيَّةُ كلامِهم فقد أطلَقوا امتناعَ الاعتياضِ عن المُسلَمِ فيه وضابطُهم المذكورُ ليس السَّلَمُ داخلا فيه إذ المُثَمَّنُ هو المُسلَمُ فيه وإنْ كان نَقدًا والثمَنُ هو رَأسُ المالِ .

(٢) (قوله : وقَضيَّةُ ما مَرَّ قبلَ الفرعِ أنَّه لا يصِحُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه وتبعَه عليه في المنهاجِ) وشرحِ المذهَب هنا .

(٤) (قوله : مَليًّا مُقِرًّا) مِثلُه المنكِرُ إذا تيسَّرَ ثُبوتُ الدَّينِ عليه بعِلمِ الحاكِمِ أو بالبيِّنَةِ .

(٥) (قوله : وبه صَرَّحَ الأصلُ كالبغَويِّ) قال ابنُ أبي الدَّمِ أنَّه من مُفرَداتِ البغَويِّ ولا وجهَ لاشتراطِ التقابُضِ من الجانِبَيْنِ ويكفي من أحدِهما .

والأقرَبُ حَملُه على غيرِ الرِّبَوِيِّ (١) وما قاله البَغَوِيّ على الرِّبَوِيِّ .

قال في الأصلِ : ولو كان له دَيْنٌ على إنسانٍ ولآخَرَ مِثلُه على ذلك الإنسانِ فباعَ أحدُهما ما له عليه بما لِصاحِبه لم يصِحَّ اتَّفقَ الجِنْسُ أو اختلَف «لِنَهيِه ﷺ عن بيعِ الكالِئِ بالكالِئِ» انتهى رواه الحاكِمُ على شرطِ مُسلِمٍ ، وَفُسِّرَ ببيعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ كما ورَدَ التصريحُ به في رِوايةِ البيهَقِيِّ ، وقد يُقالُ على بُعْدٍ عَدَمُ الصِّحَّةِ إذا لم يُعَيَّن الثَّمَنَ في المجلِسِ وإلا فيصِحُّ ثُم يُشترَطُ القبضُ إن اتَّفقا في عِلَّةِ الرِّبا .

(فصلٌ) في بَيانِ القبضِ

(الرُّجوعُ في حَقيقَةِ القبضِ إلى العُرفِ) فيه لِعَدَمِ ما يضبطُه شرعًا أو لُغَةً كالأحياءِ والحِرزِ في السَّرِقَةِ (فما لم يُنقَلْ) عادَةً (كالأرضِ والثَّمَرَةِ) المبيعَةِ على الشجَرَةِ قبلَ أوانِ الجُذاذِ (٢) ، كما قَيَّدَ به الأصلُ ، (فقبضُه التخْليةُ) بينه وبين المشتري بلفظٍ يدُلُّ عليها من البائِعِ (٣) (مع تسليمِ مِفتاحِ الدّارِ (٤)) أو نَحوِها مِمّا له مِفتاحٌ (وتفريغُها من مَتاعٍ (٥)) وإلا لم يحصُلْ القبضُ لكونِ المشتري لم يتمَكَّنْ من الانتِفاعِ به ، وعَدَلَ عن تعبيرِ الأصلِ بمَتاعِ البائِعِ إلى ما قاله ليشمَلَ مَتاعَه

---

(١) (قوله : والأقرَبُ حَملُه على غيرِ الرِّبَوِيِّ إلخ) هذا الحملُ لا يتأتَّى مع تصويرِ الشيخَيْنِ كَغيرِهم المسألَةُ بشِراءِ عبدٍ بمِائَةٍ وإنَّما يأتي في نحوِ ما إذا كان له مِائَةٌ على زَيْدٍ فاشترَى من عَمرٍو شيئًا بتلك المِائَةِ .

(٢) (قوله : قبلَ أوانِ الجُذاذ إلخ) تقييدُه بأوانِ الجُذاذ يُشعِرُ بأنَّ دُخولَ وقت قَطْعِها يُلحِقُها بالمنقولات وهو مُتَّجَهٌ ح قال الأذْرَعِيُّ لَم يتعرَّض غيرُ الشيخَيْنِ لِهذا القيْدِ وينبَغي أنْ يُلتفت على أنَّ مُؤْنَةَ الجُذاذ على مَن تكونُ قال البُلْقِينِيُّ لا فرقَ بين أنْ يبيعَها قبلَ أوانِ الجُذاذ أو بعدَه خلافًا لِما في الرَّوضَةِ من التقييدِ بما قبلَ أوانِ الجُذاذ فإنَّه يلزَمُ على هذا أنَّ الثمَرَةَ المبيعَةَ في أوانِ الجُذاذ قبضُها بالقطعِ وليس الأمرُ كذلك ولو كان كذلك لَما قال الشافِعِيُّ في الجديدِ بعَدَمِ وضعِ الجوائحِ ومَذهَبُه الجديدُ أنَّها من ضَمانِ المُشتري ولا فرقَ فيه بين أوانِ الجُذاذ وغيرِه فدَلَّ على أنَّ قبضَ الثِّمارِ بالتخليةِ مُطلَقًا وبَيْعُ الزَّرعِ في الأرضِ حيثُ جازَ حُكمُه حُكمُ الثمَرَةِ وقولُه فدَلَّ على أنَّ قبضَ الثِّمارِ بالتخليةِ مُطلَقًا قال شيخُنا هو كذلك .

(٣) (قوله : بلَفظٍ يدُلُّ عليها من البائِعِ) قال شيخُنا حيثُ كان لِلبائِعِ حَقُّ الحبسِ .

(٤) (قوله : مع تسليمِ مِفتاحِ الدّارِ إلخ) بشرطِ أنْ لا يكونَ هناكَ مانِعٌ حِسِّيٌّ ولا شرعيٌّ إذا أُكرِهَ المُشتري على القبضِ دَخَلَ في ضَمانِه إنْ أكرَهَه البائِعُ وكان ذلك في حالَةٍ يجِبُ عليه قبضُه منه وإلا فلا وشَمِلَ قولُه فقبضَه التخليةَ ما لو كان الخيارُ لِلبائِعِ أو كان المُشتري مُعسِرًا بالثمَنِ.

(٥) (قوله : وتفريغُها من مَتاعٍ) وقِيلَ يصِحُّ قبضُها مَشحونَةً كبَيْعِها .

٨٦/٢ ومَتاعَ غيرِه لكنْ / يُستثنَى منه مَتاعُ المشتري فالظَّاهرُ كما قال الأذرَعيُّ [١] وغيرُه أنَّه لا يُشترَطُ التفريغُ منه ولو قال المصنفُ بالتخليةِ كما في الأصلِ لكان أولى إلا أنْ يُفسَّرَ القبضَ بالإقباضِ وعُلِمَ من كلامِه أنَّه لا يُشترَطُ حُضورُ أحدِ العاقِدَيْنِ المبيعَ ولا دُخولُ المشتري ولا تصَرُّفُه فيه وهو كذلك لأنَّه قد يشُقُّ **(لا)** تفريغُ **(زَرعٍ من أرضٍ)** مَبيعَةٍ فلا يُشترَطُ بل يكفي مُجَرَّدُ التخليةِ بخِلافِ الدّارِ المشحونَةِ بالأمتِعَةِ ، والفرقُ أنَّ تفريغَ الدّارِ مُتأتٌّ في الحالِ فلا حاجَةَ إلى التخليةِ قبله بخِلافِ الأرضِ المزروعَةِ ويكفي التفريغُ **(بلا إعجالٍ فوْقَ العادَةِ)** اعتِبارًا بالعُرفِ والتصريحُ بهذا من زيادَتِه .

(وإنْ جمع) البائعُ **(الأمتِعَةَ)** التي في الدّارِ المبيعَةِ **(بمخزَنٍ منها)** وخَلَّى بين المشتري وبينها **(فما سِواه)** أيِ المخزَنِ **(مَقبوضٌ)** فإنْ نَقَلَ منه الأمتِعَةَ إلى مَكانٍ آخَرَ صارَ قابضًا للجُملَةِ ، والمخزَنُ بفتحِ الزّاي ما يُخْزَنُ فيه الشيءُ **(ولو خَلَّى بينه وبين)** مَبيعٍ **(غائِبٍ غيرِ مَنقولٍ أو مَنقولٍ في يدِه)** أمانَةً أو مَضمُونًا **(ومَضَى زَمانٌ يُمكِنُ فيه القبضُ)** بأنْ يُمكِنَ فيه الوُصولُ إلى المبيعِ [٢] والتخليةُ في غيرِ المنقولِ والنَّقلُ في المنقولِ **(كفى)** بناءً على أنَّه لا يُشترَطُ الحُضورُ ، وإنَّما اعتُبِرَ مُضيُّ الزَّمَنِ ؛ لأنَّ الحُضورَ الذي كُنَّا نُوجِبُه ولا المشقَّةَ لا يتأتَّى إلا بهذا الزَّمَنِ فلمَّا أسقَطناه لِمَعنًى آخَرَ ليس مَوْجودًا في الزَّمَنِ بَقِيَ اعتِبارُ الزَّمَنِ ، وخرج بالغائِبِ الحاضِرُ بيدِ المشتري ولا أمتِعَةَ فيه لِغيرِه فإنَّه يكونُ مَقبوضًا بنفسِ العقدِ ، ولا يُفتَقَرُ فيه وفي الغائِب إلى إذنِ البائِعِ إنْ لم يكنْ له حَقُّ الحبسِ ، وإلا افتَقَرَ كما يُعلمُ مِمَّا يأتي وِفاقًا لِلشَّيخينِ خِلافًا للمُتولِّي هَكذا افْهَم ولا تغترَّ بما يُخالِفُه ، وخرج بقولِه تبعًا لِمُقتضَى كلامِ أصلِه في الرَّهنِ غيرِ مَنقولٍ أو مَنقولٍ في يدِه ما لو كان المبيعُ الغائِبُ بيدِ غيرِ المشتري فلا بُدَّ فيه من التخليةِ أو النَّقلِ .

---

(١) (قوله : كما قاله الأذرَعيُّ وغيرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : بأنْ يُمكِنَ فيه الوُصولُ إلى المبيعِ إلخ) قال شيخُنا ظاهرُ عِبارَةِ الشارِحِ أنَّه يكفي مُضيُّ زَمَنٍ تُحْمَلُ فيه التخليةُ من أمتعَةِ غيرِ المشتري في غيرِ المنقولِ ومُضيُّ زَمَنٍ في المنقولِ ولا يُعتبَرُ ذلك بالفِعلِ وأنَّه لو كان خاليًا أُعتُبِرَ زَمَنٌ تُمكِنُ فيه التخليةُ لو كان مُشتغِلا وليس كذلك وهذا إنْ عَطَفْت كلامَه على المُضافِ إليه أمَّا لو قَدَّرَ كلامَه على المُضافِ بأنْ يُقال والتخليةُ أي تُعتبَرُ أي ما أدَّى ذلك فلا إيهامَ .

(وما يُنْقَلُ) من سَفينَةٍ [(١)] أو غيرِها **(فبالنَّقلِ)** له روى الشيخانِ «عن ابنِ عُمَرَ كُنَّا نَشتري الطَّعامَ جزافًا فنَهانا رَسولُ الله ﷺ أنْ نَبيعَه حتّى نَنقُلَه من مَكانِه» [(٢)] . وقيسَ بالطَّعامِ غيرُه **(فيأمُرُ العبدَ بالانتِقالِ من مَوْضِعِه ويقودُ الدّابَّةَ)** أو يسوقُها **(ولا يكفي رُكوبُها واقِفةً)** ولا استِعمالُ العبدِ كذلك **(ولا وطءُ الجاريةِ)** لكنْ في الرّافعيّ في الغصب : لو رَكِبَ [(٣)] المشتري الدّابَّةَ أو جَلَسَ على الفِراشِ حَصَلَ الضَّمانُ ، ثُم إنْ كان ذلك بإذنِ البائعِ جازَ له التصَرُّفُ أيضًا وإنْ لم ينقُلْه وإلا فلا ، ويكفي في قبضِ الثّوبِ ونَحوِه مِمّا يُتناوَلُ باليدِ التناوُلُ وتقَدَّمَ أنَّ إتْلافَ المشتري للمَبيعِ قبضٌ له ، وسَيأتي أنَّه لا يحتاجُ في القِسمَةِ إلى قبضٍ وإنْ جُعِلَتْ بيعًا إذ لا ضَمانَ فيها حتّى يسقُطَ بالقبضِ ، ويُؤخَذُ من التعبيرِ بالنَّقلِ أنَّ الدّابَّةَ مَثَلا لو تحوَّلَتْ بنفسِها ثُم استوْلى عليها المشتري لا يحصُلُ القبضُ وهو مُتَّجَهٌ قاله الإسنَوِيُّ ، ومَحَلُّه إذا استوْلى عليها بغيرِ إذنِ البائعِ على ما مَرَّ عن الرّافعيّ .

(فإنْ حَوَلَ) المشتري **(المبيعَ)** من مَكانِهِ **(في مَكان للبائعِ)** مِلْكًا [(٤)] أو غيرَه كعارِيَّةٍ **(بإذنِه)** في التحويلِ للقبضِ **(فهو قبضٌ)** وكأنَّ المشتري استعارَ ما نَقَلَ إليْه

---

(١) (قوله : و ما يُنْقَلُ من سَفينَةٍ إلخ) عِبارَةُ العزيزِ والرَّوضَةِ توهِمُ إلحاقَ السَّفينَةِ بالعقارِ وهي كما صَرَّحَ به ابنُ الرِّفعَةِ من المنقولات التي لا بُدَّ من تحويلِها إنَّما يُتَّجَه ذلك في الصَّغيرَةِ وفي كَبيرَةٍ في الماءِ الذي تسيرُ فيه أمّا الكَبيرَةُ في البرّ فكالعقارِ في الاكتفاءِ بالتخليةِ والاستيلاءِ لِعُسرِ النقلِ أب دَخَلَ في المنقولِ الصُّبرَةُ الكَبيرَةُ والأحمالُ الثقيلَةُ وقولُه إنَّما يُتَّجَه أشارَ إلى تصحيحِه قال شيخُنا ما بَحَثَه الكمالُ بنُ أبي شَريفٍ صحيحٌ وكلامُ الشيخَيْنِ جَرَى على الغالِب .

(٢) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما ذُكر في الأسواق ، حديث (٢١٢٤) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، حديث (١٥٢٦) .

(٣) (قوله : لكنْ في الرّافِعِيّ لو رَكِبَ إلخ) ذكرَه إلزامًا ثم نَقَضَه لا نَقلا فراجِعه ت ولَفظُه أمّا المنقولُ فالأصلُ فيه النقلُ لكنْ لو رَكِبَ دابَّةَ الغيْرِ أو جَلَسَ على فِراشِه ولَم ينقُلْه فقد حَكَى الإمامُ فيه وجهَيْنِ أحدَهما أنَّه لا بُدَّ من النقلِ كما لا بُدَّ منه في قبضِ المبيعِ وأصحُّهما يكونُ غاصِبًا لِحُصولِ غايةِ الاستيلاءِ بِصِفةِ الاعتداءِ ولِمَن تصَوَّرَه أنْ يُجيبَ عن احتجاجِ الأوّلِ بأنَّ القبضَ في البيعِ له حُكمانِ أحدُهما دُخولُه في ضَمانِه وذلك حاصِلٌ بالرُّكوبِ والجُلوسِ من غيرِ نَقلٍ والثاني تَمَكُّنُه من التصَرُّفِ فالرُّكوبُ إمّا أنْ يكونَ بإذْنِ البائعِ أو دونَ إذْنِه فإنْ أذنَ البائعُ فالتمَكُّنُ حاصِلٌ وإنْ لَم يأذَنْ فلا تَمَكُّنَ لكنَّ الحُكمَ في النقلِ بغيرِ إذْنِ مِثلِه فإذًا لا فرقَ . اهـ . فعُلِمَ أنَّه ليس في كلامِ الرّافِعِيّ هذا أنَّ مُجَرَّدَ الرُّكوب بإذْنِ البائِعِ قبضٌ لِلمَبيعِ .

(٤) (قوله : في مَكان لِلبائِعِ مِلكًا) ولو مُشترَكًا بينه وبين غيرِه .

(وإلا) بأن لم يأذَنْ أو أذِنَ في مُجَرَّدِ التحويلِ ، وكان له حَقُّ الحبسِ (١) **(فلا)** يكونُ قبضًا مُجوِّزًا لِلتَّصرُّفِ فيه لأنَّ يدَ البائعِ عليه ، وعلى ما فيه ولأنَّ العُرف لا يعُدُّه قبضًا **(بل يضمَنُه)** أي يدخُلُ في ضَمانِه لاستيلائِه (٢) عليه أمَّا إذا نَقَله إلى مَكان لا يختصُّ بالبائعِ كَسجدٍ وشارعٍ ومِلْكٍ للمُشتري فهو قبضٌ / وإنْ لم يأذَنْ له ٨٧/٢ البائعُ إلا أنْ يكونَ له حَقُّ الحبسِ فلا بُدَّ من إذنِه أخذًا مِمَّا يأتي .

(ولو اشترَى الأمتِعَةَ مع الدّارِ) صَفقَةً **(فلا بُدَّ)** في صِحَّةِ قبضِها **(من نَقلِها)** كما لو أُفرِدَت ، وقيلَ : لا تبعًا لِقبضِ الدّارِ (٣) قال الشيخانِ وبه قَطَعَ الماورديُّ ، وزادَ أنَّه لو اشترَى صُبرَةً ثم (٤) اشترَى مَكانها قامَتِ التخليةُ فيه مَقامَ قبضِها . ا هـ وتابعَه الرُّويانيُّ ونَقَله العُمرانيُّ عن الصَّيمَريّ لكن ضَعَّفه الشاشيُّ بأنَّه لا أثَرَ لِلْملكِ مَوْضِعِ المبيعِ لأنَّه لو اشترَى شَيْئًا في دارِه لا بُدَّ من نَقلِه ، ويُفرَّقُ بأنَّ هذِه لا قبضَ فيها أصلا وتِلْك فيها قبضُ العقارِ فاستتبَعَ قبضَ المنقولِ لكنَّها تشكُلُ بشِراءِ المنقولِ مع الدّارِ صَفقَةً ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الحُدوثَ أقوى من المعنَى ، هذا ولكنْ ما قاله الماورديُّ(٥) إنَّما قاسَه على ما قاله في مَسألَةِ الكِتاب وكلامُ الشيخينِ قد يُلَوِّحُ بأنَّه غيرُ مُعتمَدٍ فيكونُ الأصَحُّ خِلافَ ما قاله (٦) وهو ما فهِمَه المصنفُ فيما يظهَرُ حَيثُ ترَكه .

---

(١) (قوله : وكان له حَقُّ الحبسِ) وكذا إنْ لَمْ يكُن له ذلك بأنْ وفَّاه الثمَنَ كما قاله الرُّويانيُّ وغيرُه في الشِّقِّ الأوَّلِ لأنَّه لَمْ يُعِره البُقعَةَ التي نَقَلَ إليها وأمَّا في الثاني فلأنَّ الشيءَ الثقِيلَ لا يُعَدُّ مُجَرَّدُ احتواءِ اليدِ عليه في العُرفِ قبضًا ما لَم ينقُله إلى موضِعٍ لا يختصُّ بالبائعِ لأنَّ اليدَ لا تصلُحُ قَرارًا له فاحتواؤُها عليه حالَةَ الإشالَةِ كالعدَمِ لاضطِرارِه إلى وضعِه عن قُربٍ .

(٢) (قوله : لاستيلائِه عليه) قال السُّبكيُّ لا ينتقِلُ ضَمانُ العقدِ إليه ولكن يدخُلُ في ضَمانِه حتى يُطالَبَ به إذا خَرَجَ مُستحَقًّا لِوضعِ يدِه عليه قال وعِبارَةُ الرَّافِعيّ والبغَويِّ غيرُ صَريحةٍ في ضَمانِ العقدِ أي في أنَّه المرادُ وما صَرَّحت به من أنَّه المُرادُ لَم أرَه مَنقولا لكن فهِمته من فِقه الباب فاعتمِده وإطْلاقُ المنهاجِ ظاهرٌ فيه هذا كُلُّه فيما جَرَت العادَةُ بنَقلِه أمَّا ما كان قبضُه باليدِ كَثيابٍ يتناولُها ويضعُها شيئًا فشيئًا فقبضُه يحصُلُ بمُجَرَّدِ تناوُلِه .

(٣) (قوله : وقِيلَ لا تبَعًا لِقبضِ الدَّارِ إلخ) أشارَ شيخُنا إلى تضعيفِه .

(٤) (قوله : وزادَ أنَّه لو اشترَى صُبرَةً إلخ) قال الزَّركَشيُّ في شرحِ المنهاجِ والأصَحُّ في الكُلِّ وُجوبُ التحوِيلِ ولِذلك أطلَقَه المُصَنِّفُ وقولُه قال الزَّركَشيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ولكنْ ما قاله الماورديُّ إلخ) مُفرَّعٌ على رَأيِه المرجوحِ في مَسألَةِ شِرائِهما صَفقَةً .

(٦) (قوله : فيكونُ الأصَحُّ خلافَ ما قاله) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) لو **(امتنعَ المشتري من القبضِ أُجبرَ** (١)**)** أي أجبَرَه الحاكِمُ عليه وفائِدَتُه مع أنَّ الوضعَ بين يدَيه كافٍ كما سَيأتي خُروجُ البائِعِ عن عُهْدَةِ استِقرارِ ضَمانِ اليدِ **(فإنْ أصرّ)**على الامتِناعِ **(نوَّبَ)** أي أنابَ **(عنه الحاكِمُ** (٢)**)** مَن يقبضُه عنه **(كالغائِبِ وإنْ وضَعَ البائِعُ المبيعَ ، أو المديُونُ الدَّيْنَ بين يدَيه)** أي مَن له القبضُ **(بأمرِه كفى ، وكذا لو)** سَكت أو **(نَهاه)** كأنْ قال لا تُقبضنيه أو قال : لا أُريدُه ولا مانِعَ من أخذِه له (٣) لِوُجوبِ التسليمِ والتسَلُّمِ كما في الغصبِ بخِلافِ الإيداعِ فإنَّه لا يحصُلُ بذلك ، **(ويدخُلُ)** الموْضوعُ **(بهذا)** الوضعِ **(أيضًا في ضَمانِه)** حتّى لو تلِف تقرَّرَ عليه الثمَنُ **(لا إنْ خرج مُستحَقًّا)** فلا يضمَنُه (٤) لأنَّ هذا القدرَ لا يكفي لِضَمانِ الغصبِ بل لا بُدَّ فيه من الاستيلاءِ (٥) قال الإمامُ ولو كان بين العاقِدَيْنِ مَسافةُ التخاطُبِ فأتى به البائِعُ إلى أقَلَّ من نِصفِها لم يكنْ قبضًا أو إلى نِصفِها فوجهانِ أو إلى أكثَرَ من نِصفِها كان قبضًا قال : ويقرَبُ أنْ يُقال ينبَغي أنْ يضَعَ المبيعَ من المشتري على مَسافةٍ تنالُه يدُه من غيرِ حاجَةٍ إلى قيامٍ وانتِقالٍ ولو وضَعَه البائِعُ على يمينِه أو يسارِه والمشتري تِلْقاءَ وجهه لم يكنْ قبضًا . ا هـ .

(فرعٌ : وإنْ جَعل البائِعُ المبيعَ في ظَرفِ المشتري امتِثالا لأمرِه لم يكنْ مُقبضًا) (٦) له إذ لم يُوجَد من المشتري قبضٌ **(ولا ضامِنًا لِلظَّرف)** لأنَّه استعمَله في مِلْكِ المشتري بإذنِه **(ويضمَنُه)** المسلمُ إليه **(في السَّلمِ** (٧)**)** لأنَّه استعمَله في مِلْكِ

---

(١) (قولُه فرعٌ لو امتنعَ المُشتري من القبضِ أُجبرَ) لو جاءَ البائِعُ بالمبيعِ في غيرِ بَلَدِ البيعِ فقد ذكرَ القاضي الحُسَيْنُ في فتاويه أنَّ المُشتري يُجْبَرُ على قبضِه ولا مُؤْنَةَ له ا هـ وهو ظاهرٌ قال شيخُنا ينبَغي أنْ يكونَ محَلُّه عندَ عَدَمِ لُحوقِ ضَرَرٍ على المُشتري كاتبَه .

(٢) (قوله : نَوَّبَ عنه الحاكِمُ كالغائِبِ) فإنْ لَم يكُنْ حاكِمٌ فلا طَريقَ إلى إسقاطِ الضَّمانِ .

(٣) (قوله : ولا مانِعَ من أخذه له) بأنْ كان بحيثُ تصِلُ يدُه إليه وهو غيرُ غافِلٍ ولا نائِمٍ ويُشترَطُ مع ذلك أنْ يكونَ أقرَبَ إلى المُشتري منه إلى البائِعِ كما قاله في البسيطِ ولا بُدَّ من تقييدِ قولِ المُصَنِّفِ بأنْ يكونَ المُشتري بموضِعٍ لا يختصُّ بالبائِعِ وقولُه كما قاله في البسيطِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : لا إنْ خرَجَ مُستحَقًّا فلا يضمَنه) وإنْ أمَرَه بوضعِه .

(٥) (قوله : بل لا بُدَّ فيه من الاستيلاءِ) أي بالفِعلِ .

(٦) (قولُه لَم يكُنْ مُقبضًا له) نَعَم إنْ وضعَه بين يدَيه كَفى أخذًا مِمَّا تقدَّمَ .

(٧) (قوله : ويضمَنُه المُسلَمُ إليه في السَّلَمِ) مِثْلُه المُقترِضُ .

نفسِه ، **(وكذا لو استعارَه)** المشتري من البائعِ **(ليجعل)** البائعُ **(المبيعَ فيه)** كأن قال له: أعِرني ظَرفك واجعَلْ المبيعَ فيه ففعل لم يصِر المشتري قابضًا ولا ضامِنًا لِلظَّرفِ لأنَّه لم يحصُلْ في يدِه ، وفي بعضِ نُسَخِ الرَّوْضَةِ تبعًا لِلرَّافعيِّ [(١)] أنَّ المستعيرَ هو البائعُ ، ولا يخفى أنَّ هذِه داخِلَةٌ في مَسألَةِ [(٢)] جَعلِه المبيعَ في ظَرفِ المشتري بأمرِه **(ولا بُدَّ مع النَّقلِ)** لِمَا بيعَ مِقدارٌ بكيلٍ أو وزنٍ أو عَدٍّ أو ذَرعٍ **(من الكيلِ أو الوزنِ)** أو العدِّ أو الذَّرعِ لِخَبَرِ مُسلِمٍ : «مَن ابتاعَ طَعَامًا فلا يبعه حتَّى يكتاله» [(٣)] دَلَّ على أنَّه لا يحصُلُ القبضُ فيه إلا بالكيلِ وليس بمُعتبَرٍ في بيعِ الجُزافِ إجماعًا فتعيَّنَ فيما قُدِّرَ بكيلٍ ، وقيسَ به البَقيَّةُ ، وذلك **(في نَحوِ بعتُك عَشرَةَ آصُعٍ** [(٤)] **أو أرطالٍ من هذِه العِشرينَ)** صاعًا أو رَطلا كُلَّ صاعٍ أو رَطلٍ بدِرهَمٍ أو بعتُك هذِه الأغنامَ كُلَّ رَأسٍ بدِرهَمٍ أو هذا الثَّوبَ كُلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ ولو حَذَفَ قوله العِشرينَ كان أولى ، لإيهامِه أنَّ العِلمَ بكمِّيَّةِ ذلك شرطٌ وأنَّ تفريقَه لا يمنَعُ صِحَّةَ البيعِ وليس ذلك صَحيحًا **(فإنْ قَبَضَه جُزافًا أو وزنَ ما اشتراه كيْلا أو عَكسَ أو أخبرَه المالِكُ)** بقدرِه **(وصَدَّقَه وقَبَضَ)** أي أخَذَه **(فهو ضامِنٌ)** له لاستيلائِه عليه **(لا قابضٌ)** له قبضًا مُجوِّزًا لِلتَّصَرُّفِ فيه لِعَدَمِ القبضِ المستحَقِّ بالعقدِ ولو تلِف في يدِه ففي انفِساخِ العقدِ وجهانِ ذَكَرَهما كأصلِه في باب الأُصولِ والثِّمارِ صحَّح المتولِّي منهما المنعَ [(٥)] لِتمامِ القبضِ وحُصولِ المالِ في يدِه حَقيقَةً ، وإنَّما بَقِي مَعرِفةُ مِقدارِه ، ومُقتضَى كلامِ غيرِه وهو الأوجَه تصحيحُ الانفِساخِ بخِلافِ /
٢/٨٨ ما لو أتلَفه لِما مَرَّ أنَّ إتلافه قبضٌ وقد ذَكرَه الأصلُ هنا أيضًا ، قال في الكِفايةِ : ويُشترَطُ في القبضِ كونُ المقبوضِ مَرئِيًّا فإنْ لم يرَه قال الإمامُ : خَرَّجَه بعضُهم على التقابُضِ جُزافًا ورَأى هو أنَّه كالبيعِ **(وإنْ تنازَعا)** فيمَن يكيلُ **(نَصَبَ الحاكِمُ**

---

(١) (قوله : وفي بعضِ نُسَخِ الرَّوضَةِ إلخ) وقد جَرَى عليه المُصَنِّفُ إذْ فاعِلُ استعارَه في كلامِه البائعُ لا المشتري كما قَرَّرَه الشارِحُ .

(٢) (قوله : ولا يخفى أنَّ هذه داخلَةٌ إلخ) الآمِرُ في تلك المُشتري والجاعِلُ البائعُ والآمِرُ في هذه البائعُ .

(٣) رواه مسلم ، كتاب البيوع و باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، حديث (١٥٢٥) .

(٤) (قوله : في نحوِ بعتُك عَشرَةَ آصُعٍ) لو اشترَى قَفيزًا أو صاعًا فاكتالَ بالمكُوكِ أو بالمُدِّ وهو رُبعُ القفيزِ والصَّاعِ فهل يصِحُّ وجهانِ وأصحُّهما الصِّحَّةُ .

(٥) (قوله : صحَّحَ المُتولِّي منهما المنعَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه إنَّما سَكَتا عن ترجيحِه لأنَّهما جَرَيا عليه في باب الرِّبا وقد أوضَحْته ثَمَّ .

كيَّالا) أمينًا يتولاه ، ويُقاسُ بالكيلِ غيرُه وفي الأصلِ هنا زيادةٌ حَذَفها المصنفُ لأنَّها مَذكُورَةٌ مع تفصيلٍ فيها في باب اختِلافِ المتبايِعَيْنِ .

(فرعٌ : مُؤْنَةُ الكيلِ والوزنِ) المفتقِرِ إليهما القبضُ [١] **(على مَنْ أوفى)** بائِعًا كان أو مُشتريًا كَمُؤْنَةِ إحضارِ المبيعِ والثَمَنِ الغائِبَينِ إلى مَحَلِّ العقدِ أي تِلْك المحَلَّةَ وأمَّا مُؤْنَةُ نَقلِهما المفْتقِرُ إليْه القبضُ فعلى المستوْفي على ما دَلَّ عليه كلامُ الشافعيِّ وصرّحَ به المتولِّي كما نَبَّهَ عليه ابنُ الرِّفعَةِ وهذا ينفرِدُ عن الكيلِ والوزنِ اللذَينِ يحصُلُ بهما القبضُ بما إذا لم يفتقِر ذلك إلى كيلٍ ولا وزنٍ وكالكيلِ والوزنِ فيما ذُكِرَ العدُّ و الذّرعُ **(و)** مُؤْنَةُ **(النَّقدِ على المستوْفي [٢])** لأنَّ القَصدَ منه إظهارُ عَيْبٍ إنْ كان ليرُدَّ به ، وقَيَّدَه العُمرانيُّ في كِتاب الإجارَةِ بما إذا كان الثَمَنُ مُعَيَّنًا فإنْ كان في الذِّمَّةِ فعلى الموفِّي ، واستحسَنَه الأذرَعيُّ والزَّركشيُّ قال : ويشهَدُ له ما سَيأتي في اختِلافِ المتبايِعَيْنِ أنَّه لو اشترَى عبدًا وجاءَ بعبدٍ مَعيبٍ ليرُدَّه فقال البائِعُ : ليس هذا المبيعَ صُدِّقَ بيمينِه ، وفي السَّلمِ يُصَدَّقُ المسلِمُ ، والفرقُ أنَّ ما في الذِّمَّةِ لا يتعَيَّنُ إلا بقبضٍ صَحيحٍ بخِلافِ [٣] المعَيَّنِ ، قال : ولو أخطأَ النَّقادُ فظهَرَ بما نَقَدَه غِشٌّ وتعَذَّرَ الرُّجوعُ على المشتري فلا ضَمانَ عليه ، كذا أطلَقَه صاحِبُ الكافي ، وهو ظاهرٌ فيما إذا كان مُتبَرِّعًا فإنْ كان بأُجرَةٍ فيضمَنُ ولا أُجرَةَ له كما لو استأجَرَه لِلنَّسخِ فغَلَطَ في حالِ الكِتابَةِ فإنَّه لا أُجرَةَ له ، ويغرَمُ أرشَ الورَقِ [٤] انتهى .

(فرعٌ) : لو **(قال)** بَكرٌ **(لِغَرِيمِه لي على زَيْدٍ طَعامٌ)** مِثلُ طَعامِك **(فاكتلْه واقبضْه لِنفسِك أو احضُر مَعي لأكتاله وأقبضَه)** أنا **(لَكَ ففعل فسَدَ القبضُ)** له لاتِّحادِ القابضِ والمقبَضِ «ولِلنَّهي عن بيعِ الطَّعامِ [٥] حتَّى يَجْرِي فيه الصَّاعانِ يعني

---

(١) (قوله : المُفتقِرِ إليهما القبضُ) احترَزَ به عمَّا لو اشتراه جُزافًا ثم أرادَ أنْ يعرِف كيله أو وزنَه فإنَّ أُجرَته عليه .

(٢) (قوله : والنقدُ على المُستوفي) بائِعًا أو كان مُشترِيًا .

(٣) (قوله : والفرقُ أنَّ ما في الذِّمَّةِ لا يتعيَّنُ إلا بقبضٍ صحيحٍ بخلافِ المُعَيَّنِ) المُعتمَدُ الإطْلاقُ .

(٤) (قوله : فإنَّه لا أُجرَةَ له ويغرَمُ أرشَ الورَقِ) الفرقُ واضِحٌ بالنِّسبةِ إلى أن الضَّمانِ واضِحٌ لأنَّ النَّسخَ عَيْبُ الورَقِ ولا تعَيُّبَ من النَّقَّادِ أب قال شيخُنا والمُعتمَدُ ما أطلَقَه صاحِبُ الكافي وبه أفتَيت .

(٥) (قوله : لِلنَّهي عن بَيْعِ الطَّعامِ إلخ) روى ابنُ ماجَة عن جابرٍ رضي الله عنه «نَهَى رَسولُ الله ﷺ عن بَيْعِ الطَّعامِ حتى يجْري فيه الصَّاعانِ صاعُ البائِعِ وصاعُ المشتري» ولَم ....=

صاعَ البائعِ وصاعَ المشتري» رواه ابنُ ماجَهْ بسَنَدٍ ضَعيفٍ [١] وقال البيهقيُّ رُوِيَ مَوْصولا من أوجُهٍ إذا ضُمَّ بعضُها إلى بعضٍ قَوِيَ مع ما ثَبَت عن ابنِ عُمَرَ وابنِ عَبَّاسٍ . (وضَمِنَه القابضُ) لاستيلائِه عليه لِغَرَضِه (وبَرِئَ زَيْدٌ) من حَقِّ بَكرٍ لإذنِه في القبضِ منه في الأُولى [٢] وَقَبضِهِ بنفسِه في الثّانيةِ ، ولو حَذَفَ الاكتيالَ واقتصَرَ على القبضِ فيما مَرَّ وفيما يأتي كان أحسَنَ وأخصَرَ .

(وإنْ قالَ) له : (اقبضْه لي ثُم لِنفسِك أو احضِرْ) مَعي (لأقبضَه لي ثُم لَكَ) ففعل (صَحَّ القبضُ الأولُ) إذ لا مانِعَ (دون الثّاني) لاتّحادِ القابضِ والمقبَضِ وضَمِنَه القابضُ وبَرِئَ زَيْدٌ من حَقِّ بَكرٍ . (فإن اكتاله لِنفسِه ثُم قَبَضَه) الأَولى أن يُعَبِّرَ كالأصلِ بالواوِ بَدَلَ الفاءِ وثُم ، لأنَّ ذلك ليس مُفرَّعًا على قولِ بَكرٍ لِغَريمِه [٣] ولا القبضُ مُتراخيًا عن الاكتيالِ أي ولو اكتاله بَكرٌ وقَبَضَه لِنفسِه (ثُم كالَه له) أي لِغَريمِه (وأقبَضَه) له (صَحّا) أي القبضانِ لِعَدَمِ اتّحادِ القابضِ والمقبوضِ ولِجَرَيانِ الصّاعَيْنِ (فإنْ زادَ أو نَقَصَ) حينَ كاله ثانيًا (بما يتفاوتُ بالكيْلِ) أي بقدرٍ يقَعُ بين الكيلَيْنِ (لم يُؤَثِّر) فتكونُ الزِّيادَةُ له والنَّقصُ عليه (أو بما لا يتفاوتُ) بين الكيلَيْنِ (فالكيْلُ الأولُ غَلَطٌ فيستدرِكُ) أي فيرُدُّ بَكرٌ الزِّيادَةَ ويرجِعُ بالنَّقصِ (وكذا) يصِحُّ القبضانِ (لو قبَضَه في المِكيالِ) بأن لم يُخرِجه منه (وسَلَّمَه إليه فيه) أي إلى غَريمِه في المِكيالِ لأنَّ استِدامَته في المِكيالِ [٤] كابتِداءِ الكيْلِ .

(فإنْ قالَ) لِغَريمِه (اشترِ بهذِه الدّراهمَ لي) مِثلَ (ما تستحِقُّه) عليَّ

= يقِفِ الإمامُ على هذه الرِّوايةِ فذكرَه بلَفظِ الصّاعانِ ثم قال أرادَ صاعَ البائِعِ وصاعَ المُشتري وكَتَبَ أيضًا ولأنَّ الإقباضَ هنا مُتعَدِّدٌ ومن شرطِ صِحَّته الكيلُ فلَزِمَ تعَدُّدُ الكيلِ والكيلات قد يقَعُ بينهما تفاوُتٌ فلَم يجُزِ الاقتصارُ على الكيلِ الأوَّلِ لِجَوازِ أنَّه لو جَدَّدَه لَظَهَرَ فيه تفاوُتٌ .

(١) رواه ابن ماجه (٧٥٠/٢) كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، حديث (٢٢٢٨) .

(٢) (قوله : لإذنِه في القبضِ منه في الأُولى) لأنَّ قبضَه لِنفسِه عن المدينِ مُستلزِمٌ لِقبضِه عن الإذنِ والإذنُ في المُستلزِمِ إذنٌ في لازِمِه فيصِحُّ في اللّازِمِ وإنْ فسَدَ في الملزومِ .

(٣) (قوله : لأنَّ ذلك ليس مُفرَّعًا على قولِ بَكرٍ لِغَريمِه) ما هو مُفرَّعٌ على صِحَّةِ القبضِ الأوَّلِ دونَ الثاني .

(٤) (قوله : لأنَّ استدامَته في المِكْيالِ إلخ) دَوامُه في الميزانِ والذِّراعِ كَدَوامِه في المِكْيالِ .

(واقبضه لي ثم لِنفسِك) ففعل (صَحَّ الشِّراءُ والقبضُ الأولُ فقط) أي دون الثاني لاتِّحادِ القابضِ والمقبَضِ ولامتِناعِ كوْنِه وكيلا لِغيرِه في حَقِّ نفسِه (أو) قال: و (اقبضْه لِنفسِك) ففعل (فسَدَ القبضُ) لأنَّ حَقَّ الإنسانِ لا يتمَكَّنُ غيرُه من قبضِه لِنفسِه (وضَمِنَه) الغريمُ لاستيلائِه عليه (وبَرِئَ الدّافعُ) من حَقِّ الموكِّلِ لإذنِه في القبضِ منه (أو) قال (اشترِ) بها ذلك (لِنفسِك فسَدَتِ الوكالَةُ) إذ كيف يشتري بمالِ الغيْرِ لِنفسِه (والدّراهمُ أمانَةٌ) بيدِه، لأنَّه لم يقبضْها ليتمَلَّكها ولا يشكُلُ ذلك بما في الوكالَةِ من أنَّه لو قال لِغيرِه: اشترِ لي من مالِك كذا بكذا صَحَّ شِراؤُه للمُوكِّلِ لأنَّ المدفوعَ ثَمَّ قَرضٌ بخِلافِه هنا لأنَّ الغرَضَ إيفاءُ ما على الموكِّلِ، (وإن اشترَى بعَيْنِها بطَلَ) أو في الذِّمَّةِ وقَعَ عنه وأدَّى الثمَنَ من مالِه (ولو قال لِغَريمِه: اكتلْ حقَّك من صُبرَتي لم يصِحَّ) لأنَّ الكيْلَ أحدُ رُكنَيِ القبضِ وقد صارَ نائبًا فيه من جِهَةِ البائِعِ مُتأصِّلا لِنفسِه.

٨٩/٢ (فرعٌ: لا يجوزُ) للمُستحِقِّ (أنْ يُوكِّلَ في القبضِ مَنْ يدُه يدُ المقبَضِ كعبدِه) ولو مَأذونًا له في التِجارَةِ كما لا يجوزُ له أنْ يُوكِّلَ فيه المقبَضَ (بخِلافِ ابنِه) وأبيه (ومُكاتبه [١]) فيجوزُ له توْكيلُهم في القبضِ (وإنْ قال) لِغَريمِه (وكِّلْ مَنْ يقبضُ) لي منك (أو) قال لِغيرِه وكِّلْ مَن (يشتري لي منك ففعل صَحَّ) ويكونُ وكيلا له في التوْكيلِ في القبضِ أو الشِّراءِ منه (وإنْ وكَّلَ البائعُ رَجُلا في الإقباضِ ثُم وكَّله المشتري في القبضِ لم يصِحَّ) توْليتُه لهما مَعًا لاتِّحادِ القابضِ والمقبَضِ وكان الأولى أنْ يُعَبِّرَ كأصلِه بالواوِ بَدَلَ ثُم.

(فرعٌ: للأب) وإنْ عَلا إذا اشترَى له من مالِ مُولِّيه أو عَكسَه (أنْ يتولَّى طَرَفَيِ القبضِ [٢] كالبيعِ) أي كما يتولَّى طَرَفَيِ البيعِ كما مَرَّ في بابه، (ويحتاجُ

---

(١) (قولُه ومُكاتبُه) مِثلُه المُبَعَّضُ إذا قبَضَ في نوبته.

(٢) (قولُه لِلأب أن يتولَّى طَرَفَيِ القبضِ كالبيع) أي وفي النِّكاحِ إذا أصدَقَ في مالِ ولَدِه أو في مالِ ولَدِ ولَدِه لِبنْت ابنِه وفي صورَةِ الخُلعِ إذا خالَعَها على طَعامٍ في ذمَّتها بصِفةِ السَّلَمِ وأذنَ لها في صَرفِه لِولَدِه منها فصَرَفته له من غيرِ توسُّطِ قبضِ صاحِبِ المالِ فإنَّها تبرأُ إلا في احتمالٍ لابنِ الصَّبّاغِ من اتِّحادِ القابضِ والمُقبضِ ونقَلَ الجوريُّ عن الشافِعيِّ أنَّ السّاعي يأخُذُ من نفسِه لِنفسِه لأنَّه أمينٌ من جِهَةِ الشرعِ ولو قال مَنْ وجَبَتْ عليه كفّارَةُ يمينٍ أطعِم عَنِّي عَشرَةَ مَساكينَ فأطعَم سَقطَ الفرضُ عنه وإنْ كانت الهبةُ لا بُدَّ فيها من القبضِ ويُجعَلُ قبضُ المساكينِ كَقَبضِه قال في التتمَّةِ في كِتاب الشُّفعَةِ في مَسألَةِ الظَّفرِ المشهورَةِ ....=

النَّقلُ) أي إليه كما يحتاجُ إلى الكيلِ في المكيلِ ، وقد يتولَّى الشخصُ طرَفَيِ القبضِ والإقباضِ في مَسائِلِ أُخرَ تأتي مُفرَّقَةً في محالِّها ، وقد جمع الزَّركشيُّ أكثَرَها هنا في الخادِمِ .

(فرعٌ : قبضُ الجُزءِ الشائِعِ بقبضِ الجميعِ) لأنَّه المقدورُ عليه لكن إن كان له شريكٌ لم يجُز ذلك إلا بإذنِه (والزَّائِدُ أمانَةٌ) بيدِه [١] بخلافِ الزَّائِدِ في عشرَةِ دنانيرَ عَدَدًا أخَذَها الدّائِنُ ممَّن لزِمَته فوازَنَت أحدَ عشرَ لأنَّه قبَضَه لِنفسِه (ويُجابُ طالِبُ القِسمَةِ) إليها (قبلَ القبضِ) لأنَّا إن جعَلناها إفرازًا فظاهِرٌ أو بيعًا فالرِّضا غيرُ مُعتبَرٍ فيها ، إذ الشريكُ يُجبَرُ عليها ، وإذا لم يُعتبَر الرِّضا جازَ أن يُعتبَرَ القبضُ كالشُّفعَةِ [٢] ، ويُؤخَذُ من هذا أنَّه لا يُجابُ لِقِسمَةِ الرَّدِّ لاعتِبارِ الرِّضا فيها .

(فصلٌ : لِلمُشتري الاستِقلالُ بالقبضِ إن سَلَّمَ الثَّمَنَ) للبائِعِ [٣] كما تستقِلُّ الزَّوجَةُ بقبضِ الصَّداقِ إذا سلَّمَت نفسَها (أو كان) الثَّمَنُ (مُؤَجَّلا) [٤] لِرِضا البائِعِ بالتأخيرِ (وإلا) أي وإن لم يُسلِّمه الثَّمَنَ وكان حالًّا [٥] (فلا) يستقِلُّ بقبضِه ، وإن سَلَّمَ بعضَه ، فإن استقَلَّ به حينَئِذٍ لزِمَه [٦] الرَّدُّ (إذ للبائِعِ حَبسُه) إن خاف فوتَ الثَّمَنِ (حتى يقبضَه كُلَّه أو) يقبضَ (عِوضَه إن صالحَ عنه [٧]) على مالٍ (ولِلمُشتري) أيضًا (حَبسُ الثَّمَنِ المعَيَّنِ لِقبضِ المبيعِ كُلِّه) إن خاف فوتَه (فإذا)

= ولو وكَّلَ الموهوبُ له الغاصِبَ أو المُستعيرَ أو المُستأجِرَ في قبضِ ما في يدِه من نفسِه وقبِلَ صحَّ وإذا مَضَت مُدَّةٌ يتأتَّى فيها القبضُ بَرِئَ الغاصِبُ والمُستعيرُ من الضَّمانِ نَقَله الرَّافِعيُّ في باب الهِبةِ وهو مُخالِفٌ لِلأصلِ المُقرَّرِ في أنَّ الشخصَ لا يكونُ قابضًا مُقبضًا وكذلك لو أجَّرَ دارًا بدراهِمَ مَعلومَةٍ ثم أذنَ المُؤَجِّرُ لِلمُستأجِرِ في صَرفِها في العِمارَةِ فإنَّه يجوزُ وفي الإشرافِ لو كان له في ذمَّةِ شخصٍ مالٌ فأذنَ له في إسلامِه في كذا قال ابنُ سُرَيجٍ يصِحُّ والمذهَبُ المنعُ .

(١) (قوله : والزَّائِدُ أمانَةٌ بيدِه) إن كان لِلبائِعِ أو لِغيرِه وأذنَ فيه وإلا فمضمونٌ .

(٢) (قوله : كالشُّفعَةِ) أي أنَّه يجوزُ لِلشَّفيعِ الأخذُ قبلَ قبضِ المُشتري الشِّقصَ .

(٣) (قوله : إن سَلَّمَ الثمَنَ لِلبائِعِ) أو أُحيلَ به أو عليه .

(٤) (قوله : أو كان مُؤَجَّلا في العقدِ) وإن حَلَّ قبلَ التسليمِ .

(٥) (قوله : وكان حالًّا) أو بعضُه .

(٦) (قوله : فإن استقَلَّ به حينَئِذٍ لزِمَه الرَّدُّ) ولا ينفُذُ تصرُّفُه فيه ويعصي ويدخُلُ في ضَمانِه حتى لو تلِفَ لَم يسقُط الثمَنُ ولو تعَيَّبَ لَم يثبُت الرَّدُّ ولو رَدَّ إلى البائِعِ أو استرَدَّ فتلِفَ ضَمِنَ الثمَنَ لِلبائِعِ وهذا مَبنِيٌّ على أنَّ المُرادَ بالضَّمانِ ضَمانُ العقدِ والرَّاجِحُ أنَّه ضَمانُ اليدِ .

(٧) (قوله : أو عوضه إن صالحَ عنه) لأنَّ عِوضَه يقومُ مَقامَه .

وفي نُسخةٍ فإنْ (امتنَعَ كُلٌّ) منهما من التسليمِ للآخَرِ (حتّى يُسَلِّمَ) له (الآخَرُ) وكان العقدُ لازِمًا والثّمَنُ مُعَيَّنًا كالمبيعِ (أُجبِرا على التسليم) لاستِواءِ الطَّرَفَيْنِ بأنْ يأمُرَهما الحاكِمُ بتسليمِ ما عليهما إليه أو (إلى عَدلٍ) ليُسَلِّمَ هو أو العدلُ كُلاًّ منهما حقَّه ، كما لو كان لِكُلٍّ عِندَ الآخَرِ وديعَةٌ وتنازَعا في البُداءَةِ ولا تضُرُّ البُداءَةُ بأيِّهما شاءَ .

(وإنْ كان) الثّمَنُ (في الذِّمَّةِ) ولم يخَفِ البائِعُ فوتَه (أُجبِرَ البائِعُ) على التسليمِ (أولا) لِرِضاه بتعَلُّقِ حَقِّه بالذِّمَّةِ ولأنَّه يتصرَّفُ في الثّمَنِ بالحوالَةِ والاعتياضِ (١) فأُجبِرَ على تسليمِ المبيعِ ليتصرَّفَ المشتري فيه ، وسَيأتي في المفلِسِ وغيرِه أنَّه إذا باعَ مالَ غيرِه بوِلايةٍ أو وكالَةٍ (٢) لا يُجبَرُ البائِعُ بل لا يجوزُ له ذلك حتّى يقبضَ الثّمَنَ (ثُمّ) إذا أُجبِرَ البائِعُ أُجبِرَ (المشتري) على تسليمِ الثّمَنِ (٣) إنْ حَضَرَ في المجلِسِ (٤) وإلا (فإنْ غابَ مالُه عن المجلِسِ) وكان فيما دون / مَسافةِ ٢/٩٠
القَصرِ (حُجِرَ عليه فيه) أي في المبيعِ (وفي جميعِ أموالِه) وإنْ كانتْ وافيةً بدُيُونِه إلى أنْ يُسَلِّمَ الثّمَنَ لِئَلا يتصرَّفَ فيه بما يُبطِلُ حَقَّ البائِعِ وهذا يُسَمَّى بالحجْرِ الغريب ، قال السُّبكيُّ : والفرقُ بينه وبين حَجْرِ الفلَسِ حَيْثُ اعتُبِرَ فيه نَقصُ مالِه مع المبيعِ عن الوفاءِ أنَّ المفلِسَ سَلَّطَه البائِعُ على المبيعِ باختيارِه ورَضِيَ بذِمَّتِه بخِلافِه هنا كذا قاله القاضي أبو الطَّيِّبِ وغيرُه ، وفيه أنَّ مَسألَتَنا مُصَوَّرَةٌ بما إذا سَلَّمَ بإجبارٍ

---

(١) (قوله : ولأنَّه يتصَرَّفُ في الثمَنِ بالحوالَةِ إلخ) ولأنَّ البائِعَ يُجْبَرُ على تسليمِ مِلكِ غيرِه والمُشتري يُجْبَرُ على تسليمِ مِلكِ نفسِه ولأنَّ المُشتري يتوقَّعُ الفسخَ بتلَفِ المبيعِ والبائِعُ آمِنٌ منه لكونِ حَقِّه في الذِّمَّةِ ويُشترَطُ أنْ يكونَ تصَرُّفُ البائِعِ مَبنيًّا على الاحتياطِ كالمكاتَب وأنْ يكونَ بعدَ لُزومِ العقدِ وأنْ لا يكونَ المبيعُ بيدِ المُشتري حالَةَ البيعِ فإنْ كان لَم ينزِعه البائِعُ قَطعًا وأنْ يتمَكَّنَ كُلٌّ من التسليمِ وأنْ لا يتعَلَّقَ به حَقٌّ لِغيرِه كالمرتهِنِ .

(٢) (قوله : أو وكالَةٌ إلخ) فلو تبايعَ وكيلانِ أُجبِرَ وعامِلُ القِراضِ كالوكيلِ .

(٣) (قوله : أُجبِرَ المُشتري على تسليمِ الثمَنِ إلخ) المُرادُ بالثمَنِ عَيْنُه إنْ كان مُعَيَّنًا ونوعُه الذي يُقضَى منه إنْ كان في الذِّمَّةِ فإنَّ ما في الذِّمَّةِ قبلَ قبضِه لا يُسَمَّى عَيْنًا إلا مَجازًا .

(٤) (قوله : إنْ حَضَرَ في المجلِسِ) عِبارَةُ المُهذَّبِ والمُعتمَدِ وغيرِهما فإنْ كان مالُه حاضِرًا أُجبِرَ وهي أحسَنُ لأنَّ فرضَ المسألَةِ أنَّ الثمَنَ في الذِّمَّةِ قولُه أُجبِرَ كذا بخَطِّه ولَعَلَّ صَوابَه أجبِرا كاتبَه لكنْ إذا كان الحاضِرُ من غيرِ جِنسِ الثمَنِ استوفى منه بطَريقِه وما ذكرَه فيما إذا كان مالُه بالبلَدِ مَحمولٌ على ما إذا كان مُتيسِّرًا فلو عَجَزَ عنه فينبَغي الفسخُ كالغيبَةِ .

الحاكِمِ (١) حتّى لو سَلَّمَ مُتبرِّعًا لم يجُزِ الفسخُ (٢) إذا وفَّى المبيعُ بالثّمَنِ (٣) ، ومُقتضَى كلامِ الإمامِ والرَّافعيِّ الإطلاقُ انتهى .

هذا (إنْ لم يكنْ مَحجورًا عليه) بفلَسٍ وإلا لم يحجُر عليه أيضًا هذا الحجْرَ لِعَدَمِ الحاجَةِ إليه لكنَّ البائِعَ في هذِه يرجِعُ في عَيْنِ مالِه بشرطِهِ فلا يكونُ من هذا الباب (وألزِمَ) المشتري مع الحجرِ عليه (التسليمَ) لِلثَّمَنِ والتصريحُ بهذا من زيادَتِه . (وهذا حَجْرٌ) يُخالِفُ حَجْرَ الفلَسِ من حَيثُ إنَّه (لا يرجِعُ فيه إلى العيْنِ) أي عَيْنِ المبيعِ (ولا يتوقَّفُ على ضيقِ المالِ) عن الوفاءِ ولا على سُؤَالِ الغريمِ قال الإسنَوِيُّ : ومُقتضَى كلامِ الأكثَرِينَ أنَّ الحجرَ لا ينفكُّ بمُجَرَّدِ التسليمِ بل لا بُدَّ من فكِّ القاضي كما في حَجْرِ الفلَسِ ووافقَه عليه جماعَةٌ لكنْ جَزَمَ البُلْقينيُّ كالإمامِ بخِلافِه (٤) .

(فإنْ كان) المشتري (مُعسِرًا) بأنْ لا يكونَ له مالٌ غيرَ المبيعِ يُمكِنُه الوفاءُ منه سواءٌ كان المبيعُ أكثَرَ من الثَمَنِ أم لا وحُجِرَ عليه (فسَخَ) البائِعُ البيعَ وأخَذَ المبيعَ (وكذا لو كان مالُه على مَسافةِ القَصرِ) وحُجِرَ عليه (٥) لِتعَذُّرِ تحصيلِ الثّمَنِ ولا يُكلَّفُ الصَّبرَ إلى إحضارِه لِتضَرُّرِه بتأخيرِ حَقِّه (فإنْ صَبَرَ فالحجرُ باقٍ) بحالِه (واختِلافُ المكري والمستأجِرِ) في الابتِداءِ بالتسليمِ (كذلك) أي كاختِلافِ البائِعِ والمشتري في ذلك (٦) وما قيلَ من أنَّ اختِلافَ المسلِمِ والمسلَمِ إليه كذلك مَردودٌ بأنَّ

---

(١) (قوله : مُصَوَّرٌ بما إذا سَلَّمَ بإجبارِ الحاكِمِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : حتى لو سَلَّمَ مُتبرِّعًا لَم يجُز الفسخُ) قال شيخُنا أي لو كان جائزًا وذلك في صورَةِ يسارِه الآتيةِ وإنَّما ذكرَ ذلك الشارحُ هنا استطرادًا لِحِكايةِ كلامِ السُّبكيِّ برُمَّته .

(٣) (قوله : إذا وفَّى المبيعَ بالثمَنِ) وهو ظاهرٌ لأنَّه سَلَّطَه على المبيعِ باختيارِه ورَضِي بذمَّته .

(٤) (قوله : لكنْ جَزَمَ البُلقينيُّ كالإمامِ) أي وابنُ داوُد بخلافِه وهو مُتَّجَهٌ .

(٥) (قوله : وكذا لو كان مالُه على مَسافةِ القصْرِ وحُجرَ عليه إلخ) لِلبائِعِ فسخُ البيعِ في هذه الحالَةِ وليس فيها حَجْرٌ إلا إذا صَبَرَ . قال شيخُنا فعُلِمَ من ذلك أنَّ قولَ الشارِحِ حُجِرَ عليه هنا لا حاجةَ إليه وكذا قولُ الشارِحِ قبلَ ذلك بنحوِ سَطرٍ لا حاجةَ إليه أيضًا ولَعَلَّ الشارِحَ سَرَى له ذلك من رَأيٍ ضعيفٍ في الرَّوضَةِ ظَنَّ أنَّه على الصَّحيحِ وعِبارَتُها وقال ابنُ سُرَيْجٍ لا فسخَ بل يرُدُّ المبيعَ إلى البائِعِ ويُحْجَرُ على المُشتري ويُمهَلُ إلى الإحضارِ وزَعَم في الوسيطِ أنَّه الأصحُّ وليس كذلك. ا هـ. هذا ويُمكِنُ حَمْلُ كلامِ الشارِحِ على الحجْرِ الخاصّ هذا المُسَمَّى بالغريبِ .

(٦) (قولـه : كاختـلافِ البائِعِ والمُشـتري في ذلـك) فالعـيْنُ المُستـوفى منهـا بمَنْزِلَـةِ المبيعِ والأُجـرَةُ بمَنْزِلَةِ الثمَنِ .

الإجبارَ إنَّما يكونُ بعدَ اللُّزومِ كما مَرَّ ، والسَّلَمُ إنَّما يلزَمُ بعدَ قبضِ رَأْسِ المالِ والتفرُّقِ من المجلِسِ **(وليس له)** أي للبائِعِ **(الحبسُ بمُؤَجَّلٍ حَلَّ)** قبلَ التسليمِ لِرضاه بتأخيرِه أولا وما قيلَ من أنَّ الشافعيَّ نَصَّ على أنَّ له الحبسَ كما نَقَله القاضي أبو الطَّيِّب عن حِكايةِ المزَنيِّ رُدَّ بأنَّه إنَّما هو تخريجٌ للمُزَنيِّ كما صرّحَ به أبو الطَّيِّب نفسُه . وحَكاه عنه الرُّويانيُّ ثُم قال : وكم من تخريجٍ للمُزَنيِّ رَدَّه الأئِمَّةُ وجَعَلُوا المذهَبَ خِلافه ولا شَكَّ أنَّ الجُمهورَ على خِلافِه [1] ولا يُطالبُ المشتري برَهْنٍ ولا كفيلٍ وإنْ كان غَريبًا **(ولا استِردادِه)** أي المبيعِ **(إنْ سَلَّمَه للمُشتري)** مُتبرِّعًا **(ولو عاريَّةً)** لِسُقوطِ حَقِّه بالتسليمِ [2] ، قال الزَّركشيُّ : والمرادُ من العاريَّةِ نَقلُ اليدِ كما قالُوا في إعارَةِ المرتهِنِ الرَّهْنَ لِلرَّاهنِ ، وإلا فكيف تصِحُّ الإعارَةُ من غيرِ مالِكٍ [3] ، وقال غيرُه : صورَتُها أنْ يُؤَجِّرَ عَيْنًا ويبيعَها لِغيرِه ثُم يكتريها من المكتري ويُعيرَها للمُشتري قبلَ القبضِ **(إلا إنْ أودَعَه)** له فله استِردادُه إذ ليس له في الإيداعِ تسليطٌ [4] بخِلافِ الإعارَةِ وتلَفُه في يدِ المشتري بعدَ الإيداعِ كتلَفِه في يدِ البائِعِ قاله القاضي [5] أبو الطَّيِّب في الشُّفعَةِ ، وله الاستِردادُ أيضًا فيما إذا خرج الثَّمَنُ زُيُوفًا ذَكرَه ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه [6] .

(وإنِ اشترَى بوكالَةِ اثنَيْنِ) شَيْئًا ووفَّى نِصفَ الثَّمَنِ عن أحدِهما **(فللبائِعِ الحبسُ حتّى يستوْفيَ الكُلَّ)** بناءً على أنَّ الاعتِبارَ بالعاقِدِ **(أو باعَ لهما)** أي منهما **(ولِكُلٍّ)** منهما **(نِصفٌ فأعطَى أحدُهما)** البائِعَ **(النِّصفَ)** من الثَّمَنِ **(سَلَّمَ)** إليْه البائِعُ **(حِصَّته)** من المبيعِ لأنَّه سَلَّمَه جَميعَ ما عليه ، وهو مَبنيٌّ على أنَّ الصَّفقَةَ تتعَدَّدُ بتعَدُّدِ المشتري ، وهذِه غيرُ التي في الأصلِ ، وكأنَّه أبدَلها بهذِه لأنَّه لا يرَى بما

---

(١) (قوله : ولا شَكَّ أنَّ الجُمهورَ على خلافِه) وقال الأذْرَعيُّ : راجَعت كلامَ المُزَنيِّ فوجَدته من تفقُّهِه ولَمْ ينقُله عن الشافِعيِّ .

(٢) (قولـه : لِسُقوطِ حَقِّه بالتسليمِ) ولَم يخَفْ فوتًا لِلثَّمَنِ وإلا فله ذلك أو يحْجُرُ الحاكِمُ على المُشتري .

(٣) (قوله : وإلا فكيف تصِحُّ الإعارَةُ من غيرِ مالِكٍ) ويجيءُ هذا في صورَةِ الإيداعِ الآتيةِ .

(٤) (قوله : إذْ ليس له في الإيداعِ تسليطٌ) هذا في الوديعَةِ بعدَ البيعِ ما لو كان مودَعًا عندَه حالَةَ البيعِ ففي التتمَّةِ أنَّه لا حَبسَ لِلبائِعِ .

(٥) (قوله : كتلَفِه في يدِ البائِعِ قاله القاضي) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : ذكرَه ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه) وجَزَمَ به في الأنوارِ .

نَقَله الأصلُ فيها مع أنَّه تقريرُ كلامِه [١] بها، وعِبارَةُ الرَّافعيِّ فيها ولو
٩١/٢ باعَ بوكالَةِ اثنَيْنِ فإذا أَخَذَ نَصيبَ أحدِهما من الثَّمَنِ / فعليه تسليمُ النِّصفِ كذا ذَكرَه في التهذيب . وفيه كلامانِ : أحدُهما أنَّ العبدَ المشترَك بين اثنَيْنِ إذا باعاه ففي انفِرادِ أحدِهما بأخذِ نَصيبه من الثمَنِ وجهانِ فكان أخذُ الوكيلِ لأحدِهما مَبنيًا على ثُبوتِ الانفِرادِ [٢] لو باعا بأنفُسِهما . والثاني : إنَّا إذا قُلْنا أنَّ الاعتِبارَ في تعَدُّدِ الصَّفقَةِ واتِّحادِها بالعاقِدِ فينبَغي أن يكونَ تسليمُ النِّصفِ على الخِلافِ فيما إذا أخَذَ البائعُ بعضَ الثمَنِ هل عليه تسليمُ قِسطِه من المبيعِ ؟ وفيه وجهانِ ذَكرناهما في تفريقِ الصَّفقَةِ ، وذكرَ النَّوويُّ نَحوه ، قال السُّبكيُّ وغيرُه : ويخرُجُ من ذلك أنَّ الأصَحَّ أنَّه لا يلزَمُه تسليمُ النِّصفِ على خِلافِ ما قاله في التهذيب ؛ لأنَّ الأصَحَّ أنَّ الاعتِبارَ بالعقدِ ، وأنَّ البائعَ إذا أخَذَ بعضَ الثمَنِ لا يلزَمُه تسليمُ قِسطِه انتهى . ويُجابُ بأنَّه لا يلزَمُ من البناءِ على مَسألَةِ الاتِّحادِ في التصحيحِ فيُمشَى على ما في التهذيب وتكونُ المسألَةُ مُستثناةً ممَّا استشكلَ به الشيخانِ ويُفرَّقُ بينها وبين مَسألَةِ شِرائِه بوكالَةِ اثنَيْنِ بأنَّه لا ضَرَرَ على المسلِمِ فيها بخِلافِه في تِلْك .

(بابُ التوْليةِ)

أصلُها تقليدُ العمَلِ ثُم استُعمِلَت فيما يأتي **(والإشراكُ)** مَصدرُ أشرَكه أي صَيَّرَه شريكًا **(مَن اشترَى شَيئًا وقال لِعالِمٍ بالثمَنِ)** قال الزَّركشيُّ : أو لِجاهِلٍ به ثُم عَلِمَ به قبلَ قَبولِه **(ولَّيتُك العقدَ [٣] فقبِلَ مَلَكه)** أيِ المبيعَ **(دون زَوائِدِه المنفصِلَةِ)** كالمشترَى بغيرِ توْليةٍ **(بمِثلِ الثمَنِ)** الأولِ جِنسًا وقدرًا ، و صِفةً **(أو بعضَه إن حُطَّ عنه)** بضَمِّ الحاءِ [٤] **(البعضُ)** الآخَرُ ولو قبلَ لُزومِ البيعِ أو بعدَ التوليةِ وشَمِلَ

---

(١) (قوله : مع أنَّه يُمكِنُ تقريرُ كلامِه بها) بأنْ يُقال مَعنَى قولِه ولو باعَ بوكالَةِ اثنَيْنِ إلى الوكيلِ باعَ اثنَيْنِ فيكونُ قولُه بوكالَةٍ مُنوَّنًا وقولُه اثنَيْنِ مَفعولُ باعَ فيندَفِعُ الإشكالُ الثاني لِتعَدُّدِ الصَّفقَةِ حينَئِذٍ بتعَدُّدِ المشتري ويندَفِعُ أيضًا بأنْ يُقال قولُه ولو باعَ بوكالَةِ اثنَيْنِ أي بتوكيلِه اثنَيْنِ في بَيْعِ مالِه فيكونُ إسنادُ البيعِ إليه مجازًا .

(٢) (قوله : مَبنيٌّ على ثُبوت الانفِرادِ إلخ) وهو الأصحُّ .

(٣) (قوله : ولَّيتُك العقدَ) سَواءٌ أقال بما اشترَيْت أم سَكَت أو ولَّيتُك كما قاله الجُرجانيُّ وغيرُه .

(٤) (قوله : أو بعضَه إنْ حَطَّ عنه إلخ) لأنَّ مَعنَى قولِه ولَّيتُك العقدَلا أُطالِبُ إلا بما أُطالِبُ به ولا يخفَى أنَّ الحطَّ إنَّما يصِحُّ في غيرِ الرِّبَوِيِّ المُعتبَرِ فيه التماثُلُ .

كلامُه حَطَّ البائعِ ووارثِه ووكيلِه (١) ، وعِبارَةُ الشيخينِ (٢) إنْ حَطَّ عنه البائعُ ولعَلَّه جَرَى على الغالِب (فإنْ حَطَّ) عنه (الكُلَّ قبلَ التوليةِ) ولو بعدَ اللُّزومِ أو بعدَها وقبلَ لزومِها (لم تصِحَّ) (٣) التوليةُ لأنَّها حينَئِذٍ بيعٌ بلا ثَمَنٍ وقولُ السُّبكيِّ تبعًا لابنِ الرِّفعَةِ : إنْ كان الحطُّ بعدَ اللُّزومِ أي للبيعِ بلفظِ الإبراءِ فتُتَّجَه الصِّحَّةُ فيه نَظَرًا لأنَّ الحطَّ في المعنَى إبراءٌ بل عَبَّرَ عنه المتولِّي به ولم يقولُوا فيه بذلك (أو بعدَها) وبعدَ لُزومِها (٤) (صَحَّتْ وانحَطَّ) الثَمَنُ عن المتولِّي لأنَّها وإنْ كانتْ بيعًا جَديدًا لخاصِّيَّتُها التنزيلُ على ما استقَرَّ عليه الثَمَنُ الأولُ فهي في حَقِّ الثَمَنِ كالبناءِ ، وفي حَقِّ نَقلِ المِلْكِ كالابتِداءِ حتّى تتجَدَّدَ فيه الشُّفعَةُ كما سَيأتي (ويلزَمُ التوليةَ جميعُ أحكامِ البيعِ لكنَّ العِلْمَ بالثَمَنِ يكفي عن ذِكرِه) لأنَّ خاصِّيَّتَها البناءُ على الثَمَنِ الأولِ ، وإذا لَزِمَها أحكامُ البيعِ (فتتجَدَّدُ بها الشُّفعَةُ) إذا كان المبيعُ شِقصًا مَشفوعًا وعَفا الشفيعُ ، وقَضيَّةُ كونِها بيعًا (٥) أنَّ لِلمَوْلى مُطالَبَةَ المتولِّي بالثَمَنِ مُطلَقًا ، لكنْ قال الإمامُ (٦) : ينقَدِحُ أنَّه لا يُطالِبُه حتّى يُطالِبَه بائِعُه إذا قُلْنا يلحَقُه الحطُّ ، وتوقَّف في أنَّه هل للبائعِ مُطالَبَةُ المتولِّي (٧) .

(فرعٌ : يُشترَطُ) في التوليةِ (كونُ الثَمَنِ مِثليًا) ليأخُذَ المولى مِثلَ ما بَذلَ

---

(١) (قوله : ووارثُه ووكيلُه) أي والموصَى له بالثمَنِ والمُحتالُ به والسَّيِّدُ بعدَ تعجيزِ المُكاتب نفسَه وموكِّلُ البائعِ .

(٢) (قوله : وعِبارَة الشيخَينِ) أي في الشرحِ والرَّوضَةِ .

(٣) (قوله : فإنْ حَطَّ الكُلَّ قبلَ التوليةِ لَم تصِحَّ) لو عَبَّرَ المُصَنِّفُ بَدَلَ الحطِّ بالسُّقوطِ لَشمِلَ ما لو ورِثَ المولى الثمَنَ أو بعضَه فينبَغي كما قاله الزَّركَشيُّ أنَّه يسقُطُ عن المُتولِّي كما يسقُطُ بالبراءَةِ وعليه لو ورِثَ الكُلَّ قبلَ التوليةِ لَم تصِحَّ س .

(٤) (قوله : وبعدَ لُزومِها) وقَعَ في الفتاوى أنَّ رَجُلا باعَ ولَدَه دارًا بثَمَنٍ مَعلومٍ ثم أسقَطَ عنه قبلَ التفرُّقِ من المجلِسِ فأُجيبَ فيها بأنَّه يصيرُ كمَن باعَ بلا ثَمَنٍ وهو غيرُ صحيحٍ فتستمِرُّ الدَّارُ على مِلكِ الوالِدِ .

(٥) (قوله : وقَضيَّةُ كونِها بَيْعًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : لكنْ قال الإمامُ إلخ) وضعَّفه ابنُ الرِّفْعَةِ بأنَّ المُتوقَّعَ ليس كالواقِعِ وإلا لَما صحَّ العقدُ هنا لِلجَهالَةِ لو اطَّلَعَ المولى على عَيْبٍ قَديمٍ بالمبيعِ فهل يرُدُّ على المولى أو على بائِعِه قال ابنُ الرِّفعَةِ لَم أرَ فيه نَقلا وظاهرُ نَصِّ الشافِعيِّ يقتضي أنَّه يتخَيَّرُ في ذلك وفي نَظِيرِه من البيعِ يرُدُّ على الذي اشترَى منه . ا هـ . لا يرُدُّه إلا على المولى .

(٧) (قوله : وتوقَّف في أنَّه هل لِلبائِعِ مُطالَبَةُ المُتولِّي) ليس له مُطالَبَتُه .

(فإن اشترى) وفي نُسخةٍ اشتراه **(بعَرَضٍ لم يصِحَّ أنْ يُولِّيه)** أيِ العقدَ **(إلا مَن انتقَلَ العرَضُ إليه)** مِلكًا **(فإنْ قال المشتري بالعرَضِ قامَ عليَّ)** بكذا ، وقد ولَّيتُك العقدَ بما قامَ عليَّ **(وذكرَ القيمَةَ)** مع العرَضِ كما سَيأتي في المرابَحَةِ **(جازَ)** والترجيحُ من زيادَتِه ، وعِبارَةُ الأصلِ : ولو اشتراه بعَرَضٍ وقال قامَ عليَّ بكذا وقد ولَّيتُك العقدَ بما قامَ عليَّ أو ولَّتِ المرأةُ في صَداقِها بلفظِ القيامِ أو الرَّجُلُ في عِوضِ الخُلْعِ فوجهانِ [١] **(فلو كذَبَ)** المولِي في إخبارِه بالثَّمَنِ **(فكالكذِبِ)** فيه **(في المرابَحَةِ)** وهذا من حَيثُ الفتوى حاصِلُ قولِ الأصلِ فقيلَ كالكذِبِ في المرابَحَةِ وقيلَ يحُطُّ قولا واحِدًا .

(فرعٌ) قال ابنُ الرِّفعَةِ : ظاهرُ كلامِهم أنَّه لا فرقَ في التولِيةِ بين كونِ الثَّمَنِ حالاًّ وكونِه مُؤَجَّلا وفيما إذا كان مُؤَجَّلا ووقعَتْ بعدَ الحُلُولِ نَظَرٌ ، فيجوزُ أنْ يُقال يكونُ الأجَلُ في حَقِّ الثاني من وقتِها [٢] وأنْ يُقال يكونُ من حينِ العقدِ الأولِ فيلزَمُه الثمَنُ حالاًّ ، والأولُ أشبَه لأنَّ الأجَلَ من صِفاتِ الثَّمَنِ ، وقد شرَطوا المِثليَّةَ في الصِّفةِ انتهى .

(فصلٌ : والاشتِراكُ هو أنْ يقولَ) المشتري لِمَنْ مَرَّ في التولِيةِ **(أشرَكتُك في المبيعِ)** [٣] وهو بيعٌ / فتترتَّبُ عليه أحكامُه **(فإنْ صرَّحَ بالمناصَفةِ أو غيرِها)** من الكُسورِ كقولِه أشرَكتُك في نِصفِه أو ثُلُثِه **(صَحَّ وكذا لو أطلَقَ)** الإشراك يصِحُّ **(ويُحمَلُ عليها)** أيِ المناصَفةِ كالإقرارِ ، وقَضيَّةُ كلامِه كغيرِه أنَّه لا يُشترَطُ ذِكرُ العقدِ لكن قال الإمامُ [٤] وغيرُه : ولا بُدَّ في الإشراكِ من ذِكرِ البيعِ بأنْ يقولَ ٩٢/٢

---

(١) (قولُه فوجهانِ) وفي كلامِ السُّبكيِّ ما يدُلُّ على الصِّحَّةِ وبها صَرَّحَ ابنُ السَّراجِ اليمَنيُّ في شرحِ الحاوِي وهي الأصَحُّ .

(٢) (قولُه فيجوزُ أنْ يُقال يكونُ الأجَلُ في حَقِّ الثاني من وقتِها) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه هو أنْ يقولَ أشرَكتُك في المبيعِ) لو باعَ الوليُّ غيرُ الأبِ والجدِّ مالَ الطِّفلِ ثم قال له المُشتري : أشرَكتُك في هذا العقدِ ، فهل يجوزُ له ذلك أم لا ؟ فيه نَظَرٌ لأنَّه صارَ كالمُشتري لِنفسِه . اهـ . يجوزُ له ذلك .

(٤) (قولُه : لكنْ قال الإمامُ إلخ) قال شارِحُ مُختصَرِ الجوينيِّ ولو قال أشرَكتُك في العبدِ بالنِّصفِ ولَم يذكُرِ البيعَ أو العقدَ بَطَلَ الإشراكُ جَزمًا وصَوَّرَ الغزاليُّ في الوسيطِ والبسيطِ والفورانيُّ في الإبانَةِ مَسأَلَةَ الإشراكِ على ما ذكرَه الإمامُ وتصِحُّ التوليةُ والإشراكُ في المُستأجَرِ لا في المُسلَمِ فيه .(تنبيهٌ) قال الزَّركَشيُّ لو تعَدَّدَ الشُّرَكاءُ فهل يستحِقُّ الشريكُ نِصفَ مالِهم أو مِثلَ واحدٍ =

أشرَكتُك في بيعِ هذا أو في هذا العقدِ ولا يكفي أن يقولَ أشرَكتُك في هذا ونَقَله صاحِبُ الأنوارِ وأقرَّه وعليه أشرَكتُك في هذا كِنايةٌ (وقولُه : أشرَكتُك بالنِّصف) أو مُناصَفةً (يقتضي) أنَّه باعَه (النِّصف) بنِصفِ الثمَنِ (أو) أشرَكتُك (في النِّصفِ يقتضي) أنَّه باعَه (الرُّبُعَ) برُبُعِ الثمَنِ ، نَعَم إنْ قال أشرَكتُك في نِصفِه بنِصفِ الثمَنِ تعيَّنَ النِّصفُ كما صرَّحَ به النَّوويُّ في نُكتِه لِمُقابلَتِه بنِصفِ الثمَنِ إذ لا يُمكِنُ أنْ يكونَ شريكًا بالرُّبُعِ بنِصفِ الثمَنِ لأنَّ جُملَةَ المبيعِ مُقابَلَةٌ بالثمَنِ فنِصفُه بنِصفِه .

(بابُ بيعِ المرابَحَةِ)

وهي مُفاعلةٌ من الرِّبحِ وهو الزَّائِدُ على رَأسِ المالِ (مَن اشترَى شَيئًا وقال لآخَرَ بعدَ عِلمِهما بالثمَنِ ، وعِلمُهما به [(١)] شرطٌ) جُملَةٌ حاليَّةٌ مُوضِّحَةٌ لِما قبلَها (بعتُكه) (بما اشتريت أو برأسِ المالِ) أو بما قامَ عليَّ أي بمِثلِه أو نَحوِها (وربِح ده يازده [(٢)] أو رِبحِ دِرهَمٍ لِكُلِّ عَشرَةٍ أو في) أو على (كُلِّ عشرَةٍ صَحَّ) بلا كراهَةٍ كما في الأصلِ (بزيادَةِ دِرهَمٍ في كُلِّ عشرَةٍ) لِخَبَرِ «فإذا اختلَفتْ هذِه الأجناسُ فبيعوا كيف شِئتُم» ولأنَّه ثَمَنٌ مَعلُومٌ فكان كبعتُك بمِائَةٍ وعَشرَةٍ وروِي عن ابنِ مَسعودٍ أنَّه كان لا يرَى بَأسًا بده يازده ودَّه دوازده وما روِي عن ابنِ عَبَّاسٍ من أنَّه كان ينهَى عن ذلك حُمِلَ على ما إذا لم يُبيِّن الثمَنَ ، وده بالفارِسيَّةِ عَشرَةٌ ويازده أحدَ عَشرَ أي كُلُّ عَشرَةٍ رِبحُها دِرهَمٌ ، وده دوازده كُلُّ عَشرَةٍ رِبحُها دِرهَمانِ ، وكما تصِحُّ المرابَحَةُ تصِحُّ المحاطَّةُ لِذلك ويُقالُ لها المواضَعَةُ والمخاسَرَةُ .

(فلو قال) لآخَرَ بعدَ عِلمِهما بالثمَنِ : بعتُك بما اشتريت أو برأسِ المالِ أو نَحوِها (بحَطِّ ده يازده أو بحَطِّ دِرهَمٍ لِكُلِّ عَشرَةٍ أو في) أو على (كُلِّ عَشرَةٍ انحَطَّ من كُلِّ أحدَ عَشرَ دِرهَمًا دِرهَمٌ) كما أنَّ الرِّبحَ في مُرابَحَةِ ذلك واحِدٌ من أحدَ عَشرَ فلو اشتراه بمِائَةٍ فالثمَنُ تِسعونَ وعَشرَةُ أجزاءٍ من أحدَ عَشرَ جُزءًا من دِرهَمٍ أو بمِائَةٍ وعَشرَةٍ فالثمَنُ مِائَةٌ (فلو قال : بحَطِّ دِرهَمٍ من كُلِّ عَشرَةٍ ، فالمحطوطُ العاشِرُ) لأنَّ (مِن) تقتضي إخراجَ واحِدٍ من العشرَة بخِلافِ اللامِ وفي . وعلى الظَّاهرُ في

= منهم كما لو اشترَيا شيئًا ثم أشرَكا ثالِثًا فيه فهل له نِصفُه أو ثُلُثُه لَم يتعرَّضوا له والأشبَه الثاني .

(١) (قوله : وعِلمُهما به شرطٌ) المُرادُ بالعِلمِ هنا العِلمُ بالقدرِ والصِّفةِ ولا تكفي المُعاينَةُ وإنْ كفَت في باب البيعِ والإجارَةِ فلو كان الثمَنُ دراهِمَ مُعَيَّنَةً غيرَ موزونَةٍ لَم يصِحَّ على الأصَحِّ .

(٢) (قوله : وربِحُ ده يازده) قال البطَليوسيُّ في شرحِ الفصيحِ الإضافةُ في لُغَةِ العجَمِ مَقلوبةٌ .

نَظيرِه من المرابَحَةِ الصِّحَّةُ [١] بلا رِبحٍ ويُحتمَلُ عَدَمُها إلا أن يُريدا بمن التعليلَ فتكونُ كاللامِ ونَحوِها ، وله أنْ يضُمَّ إلى الثَّمَنِ شَيْئًا ثُم يبيعُه مُرابَحَةً كما ذَكرَه بقولِه : (وإنْ قال اشتريت بمِائَةٍ وقد بعتُك بمِائَتَيْنِ وربحِ دِرهَمٍ في كُلٍّ) أو لِكُلِّ (عَشرَةٍ) كان أنسَبَ ، وقد يُؤخَذُ مِمَّا تقرَّرَ أنَّه لو قال اشتريته بعَشرَةٍ مَثَلا وبعتُكه بأحدِ عَشرَ ولم يقُلْ مُرابَحَةً لا يكونُ عَقدَ مُرابَحَةٍ ، وبه صرّحَ القاضي ، قال : حتّى لو كان كاذِبًا فلا خيارَ ولا حَطَّ وبذلك جَزَمَ في الأنوارِ لكن توقَّف فيه الأذرَعيُّ وكالمرابَحَةِ في ذلك المحاطَّةُ .

(تنبيهٌ) قد عُلِمَ من اشتراطِ العِلْمِ بالثَّمَنِ أنَّه لو كان الثَّمَنُ دراهمَ أو حِنطَةً مُعَيَّنَةً غيرَ مَعلُومَةِ الوزنِ أو الكيْلِ لا يصِحُّ بيعُه مُرابَحَةً وهو ما صرّحَ به الأصلُ في الدّراهمِ فقولُ المصنفِ بعدَ عِلمِهما ، المرادُ به ما يشمَلُ العِلْمَ بالوزنِ والكيْلِ .

(فصلٌ : لا يدخُلُ بقولِه بعت بما اشتريت أو برَأْسِ المالِ إلا الثَّمَنُ) وهو ما استقرَّ عليه العقدُ لأنَّه المفهومُ من ذلك (فإن قال) بعت (بما قامَ [٢] عليَّ دَخَلَ فيه [٣]) مع الثَّمَنِ (أُجرَةُ الكيّالِ [٤] والحمّالِ والدّلالِ والقَصّارِ وسائِرِ مُؤَنِ الاستِرباحِ) كأجرَةِ الحارسِ والرَّفَّاءِ والختَّانِ والمطيِّنِ والصَّبَّاغِ وقيمَةِ الصَّبغِ (حتّى المكسِ [٥] / وأُجرَةُ بيتِ المتاعِ) ؛ لأنَّها من مُؤَنِ التِجارَةِ (لا ما استرجَعَه) أي : المبيعُ (بِه إن غُصِبت) أو أَبَقَ ولا فِداءُ الجِنايةِ كما صرّحَ به ٩٣/٢

(١) (قولُه : والظَّاهرُ في نَظِيرِه من المُرابَحَةِ الصِّحَّةُ بلا رِبحٍ) لا ترَدُّدَ في الصِّحَّةِ وأمَّا قولُه بلا رِبحٍ فمَردودٌ لِما فيه من إلغاءِ قولِه ورِبحُ درهَمٍ فيصِحُّ العقدُ بزيادَةِ درهَمٍ في كُلِّ عَشَرَةٍ وتكونُ مِن لِلتَّعليلِ أو بمَعنَى في أو على بقَرينَةِ قولِه ورِبحُ درهَمٍ .

(٢) (قولُه فإنْ قال بما قامَ) أو نحوِه كَثَبَتَ عليَّ أو حَصَلَ عليَّ أو بما هو عليَّ .

(٣) (قولُه : دَخَلَ فيه) مَعنَى قولِه دَخَلَ أنَّه يضُمُّها إلى الثمَنِ فيقولُ : قامَ عليَّ بكذا وليس المُرادُ أنَّه بمُطلَقِ ذلك تدخُلُ جَميعُ هذه الأشياءِ مع الجهلِ بها .

(٤) (قولُه : أُجرَةُ الكيَّالِ) صورَةُ أُجرَةِ الكيَّالِ أنْ يكونَ الثمَنُ مَكيلا أو يلتزِمُ المُشتري مُؤْنَةَ كيلِ المبيعِ مُعَيَّنَةً أو يتردَّدُ في صِحَّةِ ما اكْتالَ البائِعُ فيستأجِرُ مَن يكْتالُه ثانيًا ليرجِعَ عليه إنْ ظَهَرَ نَقصٌ أو يشتريه جُزافًا ثم يكيلُه بأُجرَةٍ ليعرِفَ قدرَه أو يشتري مع غيرِه صُبرَةً ثم يقسِمانِها كيلا فأُجرَةُ الكيَّالِ عليهما وصورَةُ أُجرَةِ الدَّلَّالِ ما إذا كان الثمَنُ عَرَضًا فاستأجَرَ مَن يعرِضُه لِلبَيْعِ ثم اشترَى السِّلعَةَ به أو يلتزِمُ المُشتري أُجرَةَ دَلالَةِ المبيعِ مُعَيَّنَةً ومَحَلُّ دُخولِ أُجرَةِ مَن ذكرَ إذا لَزِمَت المولى وأدَّاها . ز .

(٥) (قولُه : حتى المكسِ) أي الذي يأخُذُه السُّلطانُ أو والبارِيَةُ .

الأصلُ (ولا نَفقَة وكِسوة وعلف وسائِس) أي: مُؤنَته ولا سائِرُ ما يُقصَدُ به استِبقاءُ المِلْكِ دون الاسترباحِ فلا يدخُلُ وتقَعُ في مُقابَلَةِ الفوائِدِ المستوْفاةِ من المبيع (ويدخُلُ علفُ التسمينِ وأُجرَةُ الطَّبيب) وثَمَنُ الدّواءِ (لِمَرَضٍ يوم الشّراءِ (١) لا) للمَرَضِ (الحادِثِ) بعدَه لِما مَرَّ (ولا تدخُلُ أُجرَةُ عَمَلِه (٢)) بنفسِه أو مملوكِه (وبيتِه) وما تطَوَّعَ به غيرُه ، لأنَّ العينَ إنَّما تُعَدُّ قائِمَةً عليه بما بَذله (فإنْ أرادَها) لِتدخُلَ (قال) اشتريته مَثَلا بكذا (وعَمِلْت) فيه (بكذا ويذكُرُ الأُجرَةَ) ثُم يقولُ وقد بعتُكه بذلك ورِبحِ كذا ، أو قال: بعتُكه بكذا وأُجرَةِ عَمَلي أو بيتي أو عَمَلِ المتطوِّعِ عَنِّي وهي كذا ورِبحُ كذا .

(فصلٌ: ولْيصَدِّق) أي: البائِعُ وُجوبًا (في إخبارِه) بقدرِ ما اشترَى به (٣) أو ما قامَ به المبيعُ عليه ، لأنَّ بيعَ المرابَحَةِ مَبنيٌّ على الأمانَةِ لاعتِمادِ المشتري نَظَرَ البائِعِ واستِقصاءَه ورِضاه لِنفسِه ما رَضيه البائِعُ مع زيادَةٍ أو حَطٍّ (فإن اشترَى) شَيئًا (بثَمَنٍ وباعَه) الأولى قولُ أصلِه: وخرج عن مِلكِه (ثُم اشتراه بأقَلَّ) من الثّمَنِ الأولِ (أو أكثَرَ) منه (أخبَرَ بالأخيرِ (٤)) منهما (ولو) كان (في لفظِ قامَ عليَّ) ؛ لأنَّ ذلك مُقتضَى اللفظِ (فلو بانَ الكثيرُ) من الثّمَنِ في بيعٍ (عن مُواطَأةٍ) بينه وبين صاحِبه وهي مَكروهَةٌ (٥) كما في الأصلِ تنزيهًا ، وقيلَ: تحريمًا (فله) أي: المشتري (الخيارُ (٦)) قال الزَّركشيُّ: القائِلُ بثُبوتِ الخيارِ (٧) لم يقُلْ

---

(١) (قوله: وأُجرَةُ الطَّبيب لِمَرَضٍ يوم الشّراءِ) مِثلُها أُجرَةُ رَد مَنِ اشتراه مَغصوبًا أو آبقًا وفِداءُ مَنِ اشتراه جانيًا جِنايةً أوجَبَت القودَ .

(٢) (قوله: ولا تدخُلُ أُجرَةُ عملِه) لو صَبَغَه بنفسِه حُسِبَتْ قِيمَةُ الصَّبغِ فقَطْ ومِثلُه ثَمَنُ الصَّابونِ في القصَّارَةِ .

(٣) (قوله: بقدرِ ما اشترَى به) وصِفتُه إنْ تفاوتت قال الأذرَعيُّ: قَضيَّةُ كلامِ الأصحاب أنَّه لو انحَطَّ سِعرُ السِّلعَةِ وكان قد اشتراها بقِيمَتِها أنَّه لا يلزَمُه بَيانُ ذلك وفي النفسِ منه شيءٌ .

(٤) (قوله: أخبَرَ بالأخيرِ) أي وُجوبًا وكَتَبَ أيضًا وإنْ ساوته قِيمَتُه .

(٥) (قوله: وهي مَكروهَةٌ) كما في الأصلِ تنزيهًا هو المشهورُ .

(٦) (قوله: فله الخيارُ) قال شيخُنا صورَةُ المسألَةِ أنَّه باعَه مُرابَحَةً وعِبارَةُ الحِجازيِّ ويُكرَه أن يواطِئَ صاحِبَه فيبيعَه بما اشتراه ثم يشتريه بأكثرَ ليبيعَه مُرابَحَةً فإنْ فعل قال ابنُ الصَّبَّاغِ: ثَبَت لِمُشتريه الخيارُ وخالَف غيرُه قال قولُ ابنِ الصَّبَّاغِ أقوى .

(٧) (قوله: قال الزَّركَشيُّ القائِلُ بثُبوت الخيارِ إلخ) لا إشكالَ إذ المكروه المواطَأةُ والواجِبُ الإخبارُ بما جرَى وقد قال الدَّزْماريُّ والنوويُّ في نُكَته الكَراهَةُ راجِعَةٌ إلى المواطَأةِ ....=

بالكراهَةِ بالتحريمِ كما أشارَ إليه صاحِبُ الاستِقصاءِ وهو الذي يظْهَرُ ، لأنَّ ما أثبَت الخيارَ يجِبُ إظْهارُه كالعيْب قال : وعليه ففي جَزْمِ النَّوويِّ بالكراهَةِ مع تقويتِه القولَ بثُبوتِ الخيارِ نَظَرٌ .

(فرعٌ : الثَمَنُ ما استقرَّ عليه العقدُ [1] **فيلحقُه الزِّيادَةُ والنُّقصانُ قبلَ لُزومِه)** أي : العقدِ **(فإنْ حَطَّ)** منه بعضَه **(بعدَ لُزومِه وباعَ بلفظ)** ما **(اشتريت لم يلزَمه الحطُّ ، ولو)** باع**(بلفظ)** ما **(قامَ عليَّ)** أو رَأْسِ المالِ **(أخبَرَ بالباقي فإن انحَطَّ الكُلُّ لم ينعَقِد بيعُه مُرابحَةً بلفظِ قامَ عليَّ)** أو رَأسِ المالِ قال المتولِّي : لأنَّه لم يقُم عليه بشيءٍ ولا له فيه رَأْسُ المالِ **(بل باشتريتُ ، والحطُّ)** للكلِّ أو للبعضِ **(بعدَ جَرَيانِ المرابحَةِ لم يلحَق)** [2] مَن اشترَى بخِلافِ نَظيرِه في التوليةِ والإشراكِ قال القاضي : لأنَّ ابتِناءَهما على العقدِ الأولِ أقوى من ابتِداءِ المرابحَةِ عليه بدَليلِ أنَّهما لا يقبَلانِ الزِّيادَةَ بخِلافِ المرابحَةِ .

(فرعٌ) : ما ذُكِرَ من إلحاقِ الزِّيادَةِ والنُّقصانِ في الثَمَنِ جارٍ في إلحاقِ الأجَلِ والخيارِ وزيادَةِ المبيعِ ورَأْسِ مالِ السَّلمِ والمسلمِ فيه ونُقصانِها ، وكذا في الصَّداقِ ونَحوِه على القولِ بثُبوتِ الخيارِ فيهما .

(فرعٌ : ويُخبرُ) البائعُ وُجوبًا بالشِّراءِ **(بالعرَضِ وقيمَتِه)** حينَ الشِّراءِ **(مَعًا** [3]**)** إن اشترَى به ، ولا يقتصِرُ على ذِكرِ القيمَةِ ، لأنَّه يُشَدِّدُ في البيعِ بالعرَضِ فوقَ ما

= لا إلى الإخبارِ وقال القاضي أبو الطَّيِّب : إنَّه لا يجوزُ قال الأذرَعيُّ وهو ظاهرٌ لأنَّه غِشٌّ وخَديعَةٌ ولا يقصُرُ عن كِتْمانِ العيْب ونحوِه مِمَّا يجِبُ الإخبارُ به .

(١) (قوله : الثمَنُ ما استقرَّ عليه العقدُ) سَواءٌ أباعَه بلَفظِ ما اشترَيْت أم بلَفظِ القِيامِ أم بلَفظِ رَأسِ المالِ .

(٢) (قوله : والحطُّ بعدَ جَرَيانِ المُرابحَةِ لَم يلحَق) في بعضِ النُّسَخ وهو الصَّوابُ من حيثُ العرَبيَّةُ.
(فرعٌ) ما ذُكِرَ من إلحاقِ الزِّيادَةِ والنُّقصانِ في الثمَنِ جارٍ في إلحاقِ الأجَلِ والخيارِ وزيادَةِ المبيعِ ورَأسِ مالِ السَّلَمِ والمُسلَمِ فيه ونُقصانِها وكذا في الصَّداقِ ونحوِه على القولِ بثُبوت الخيارِ فيهما .

(٣) (قولُه ويُخبرُ بالعُرَضِ وبقِيمَته مَعًا) قال البُلقِينيُّ إذا اختلَفت قِيمَةُ العرَضِ في زَمَنِ الخيارِ فهل يُعتبَرُ قِيمَته يومَ العقدِ أو يومَ الاستقرارِ ؟ لَم أقِف على نَقلٍ فيها ويُحتمَلُ أن يكونَ كما في الشُّفعَةِ . اهـ . وفي النِّهايةِ أنَّه يذكُرُ قِيمَةَ العرَضِ حالَةَ العقدِ ولا مُبالاةَ بارتفاعِها بعدَ ذلك وقولُه قِيمَةُ العقدِ أشارَ إلى تصحيحِه .

يُشَدِّدُ فيه بالنَّقدِ ، ولا يختصُّ هذا ببيعِه بلفظِ الشِّراءِ ورَأسِ المالِ كما خَصَّه المتولِّي بل يجْري في بيعِه بلفظِ القيامِ كما قاله القاضي والبَغَويُّ ورَجَّحَه الأذرَعيُّ وغيرُه ، وعليه جَرَى المصنفُ كأصلِه [(١)] ، وما ذَكرَه كأصلِه بعدُ في عبدٍ هو أُجرَةٌ أو عِوضُ خُلعٍ أو نِكاحٍ أو صُولِحَ به عن دَمٍ محمُولٌ على هذا كما سَيأتي بَيانُه والمرادُ بالعرَضِ هنا المتقوَّمُ ، فالمِثليُّ يجوزُ البيعُ به مُرابَحَةً وإنْ لم يُخْبر بقيمَتِه / كما جَزَمَ به السُّبكيُّ ٩٤/٢
تبعًا للماورديِّ وقال المتولِّي : لا فرقَ بينهما [(٢)] ، (و) يُخبرُ بالشِّراءِ (بالدَّينِ) الذي كان له (على البائعِ) المماطِلِ أو المعسِرِ (إن اشترى به) ؛ لأنَّ الغالِبَ في شِرائِه من المماطِلِ أو المعسِرِ أنْ يزيدَ للخَلاصِ منه (لا) إن اشترَى به (وهو) أي : البائعُ (مَليءٌ غيرُ مُماطِلٍ) فلا يجِبُ عليه الإخبارُ بذلك لِعَدَمِ اختِلافِ الغرَضِ به ، هذا إن اشتراه بدَيْنِه الحالِّ ، أمَّا بدَيْنِه المؤَجَّلِ فيجِبُ الإخبارُ به كما لو اشتراه بدَينٍ مُؤَجَّلٍ نَبَّهَ عليه الأذرَعيُّ وغيرُه (ويُخْبرُ بالأجَلِ) قال الأذرَعيُّ : وبقدرِه [(٣)] لاختِلافِ الغرَضِ بهما .

(فرعٌ : وإنْ باعَ) بلفظِ قامَ عليَّ أو رَأسِ المالِ (أحدَ عَينَيِ الصَّفقَةِ مُرابَحَةً بالقِسطِ من الثَمَنِ الموزَّعِ على القيمَتينِ) أي : قيمَتيهما (يومَ الشِّراءِ جازَ) بخِلافِ ما لو باعَ بلفظِ الشِّراءِ ؛ لأنَّه كاذِبٌ فلا بُدَّ أنْ يُبيِّنَ الحالَ ولو اشترَى عَينًا فباعَ بعضَها مُرابَحَةً بقِسطِه من الثَّمَنِ جازَ ، ذَكرَه الأصلُ فلو قال : اشتريت نِصفَها أو قامَ عليَّ بمِائَةٍ وبعتُكه بها وكان اشتراها بمِائَتَينِ لم يجُز للكذِبِ في الأولِ ولِلنَّقصِ بالتشقيصِ في الثاني ، فيلزَمُه الإخبارُ بالأصلِ ، فيقولُ : اشتريتها أو قامَتْ عليَّ

---

(١) (قوله : وجَرَى عليه المُصَنِّفُ كأصلِه) وإنْ قال الإسنَويُّ إنَّه غَلَطٌ وأنَّ الصَّوابَ أنَّه إذا باعَ بلَفظِ القِيامِ يقتصِرُ على ذكْرِ القِيمَةِ قال وكيف يستقِيمُ ما قالا مع أنَّ الفرضَ أنَّ قِيمَةَ ذلك العرَضِ بالنقدِ هو ذلك المِقدارُ قال : وجَزَمَ في الكِفايةِ بجَوازِ ذكْرِ القِيمَةِ من غيرِ شِرائِه بعَرَضٍ ولَم يُعَرِّجْ على ما قاله الرَّافِعِيُّ ولا أثبَته وجهًا بالكُلِّيَّةِ . ا هـ . قال في الخادِمِ إنَّ كلامَ القاضي صَريحٌ في أنَّه يجِبُ أنْ يذكُرَ أنَّه اشتراه بالعرَضِ في صورَةِ ما إذا قال قامَ عليَّ وكلامُ البغَويِّ عنه يقطَعُ كُلَّ احتِمالٍ قال فالذي فهِمَه الرَّافِعِيُّ صحيحٌ وعليه جَرَى صاحِبُ التعجيزِ في شرحِه وغيره أي في ذكْرِ العرَضِ في الصُّورَتيْنِ فالمُغَلِّطُ غالِطٌ .

(٢) (قوله : وقال المُتولِّي لا فرقَ بينهما) وتعليلُهم صَريحٌ في موافقَته .

(٣) (قوله : ويُخبرُ بالأجَلِ قال الأذرَعيُّ وبقدرِه إلخ) إلا أنْ يجْري العُرفُ بمُدَّةٍ مَعلومَةٍ في آجالِ السِّلَعِ بالأسواقِ . ا هـ . وتبعَه الزَّركَشيُّ .

بمِائَتَينِ وبعتُك نِصفها بمِائَةٍ ، قال القاضي وغيرُه (١) : وعلى ذلك يُحمَلُ كلامُ الأصلِ ، نعَم ينبَغي أنْ يستثني منه ما لو اشترَى مِثليًّا كقَفيزِ بُرٍّ وباعَ بعضَه فيصِحُّ بالقِسطِ مُطلَقًا (٢) ، وإنْ لم يُبَيِّن الحالَ كما هو ظاهرُ كلامِ الأصلِ إذ لا ينقُصُ ذلك بالتشقيصِ .

(تنبيهٌ) : قال الفزاريّ : لا ينبَغي أنْ يكتفي بتقويمِه لِنفسِه بل يرجِعُ إلى مُقَوِّمَينِ عَدلَينِ ، وقال ابنُ الرِّفعَةِ : يكتفي بذلك (٣) إنْ كان عارِفًا وإلا فهل يكفي عَدلٌ (٤) أو لا بُدَّ من عَدلَينِ فيه نظَرٌ والأشبَه الأولُ ، قال السُّبكيُّ : وهو صَحيحٌ ، نَعَم لو جَرَى نِزاعٌ بينه وبين المشتري فيه فلا بُدَّ من عَدلَينِ (٥) .

(فرعٌ : ويُخبِرُ) أيضًا **(بالعيبِ القَديمِ (٦) والحادثِ)** عِندَه بآفةٍ أو جِنايةٍ ؛ لأنَّ الغرَضَ يختلِفُ بذلك ، ولأنَّ الحادِثَ ينقُصُ به المبيعُ عَمَّا كان حينَ البيعِ **(فإنْ أخَذَ أرشَ عَيبٍ)** لِحُدوثِ آخَرَ **(وباعَ بلفظِ قامَ عليَّ حَطَّ الأرشَ أو)** بلفظِ **(ما اشتريت ذَكَرَ صورَةَ الحالِ)** أي : ما جَرَى به العقدُ مع العيبِ ، وأخذَ الأرشَ ، لأنَّ الأرشَ المأخوذَ جُزءٌ من الثمَنِ ، وإنْ أخَذَ الأرشَ عن جِنايةٍ فهو ما ذكَرَه بقولِه : **(فلو قُطِعَتْ يدُ العبدِ)** وقيمَتُه مِائَةٌ ونَقَصَ ثَلاثينَ أو سِتّينَ مَثَلا **(فأخَذَ)** من الجاني **(نِصفَ القيمَةِ)** خَمسينَ **(فالمحطوطُ)** من الثمَنِ **(الأقلُّ من أرشِ النَّقصِ ونِصفُ القيمَةِ إنْ باعَ بلفظِ قامَ)** عليَّ **(فإنْ كان نَقصُ القيمَةِ أكثَرَ)** من الأرشِ المقدَّرِ حَطَّ ما أخَذَ من الثمَنِ ثم **(أخبَرَ بقيامِه عليه بالباقي وبنَقصِ القيمَةِ)** أي : وبأنَّه نَقَصَ من قيمَتِه كذا ولو قال : أخبَرَ مع إخبارِه بقيامِه

---

(١) (قوله : قاله القاضي وغيرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فيصِحُّ بالقِسطِ مُطلَقًا) أي بلَفظِ القِيامِ أو رَأسِ المالِ قال شيخُنا عُلِمَ من تعبيرِه بيصحُّ بالقِسطِ أنَّ مُرادَه الجوازُ بدَليلِ ما سَبَقَ وإلا فالصِّحَّةُ ثابتةٌ هنا وفيما قبلها المُعَبَّرُ فيها بعَدَمِ الجوازِ .

(٣) (قوله : وقال ابنُ الرِّفعَةِ يكتفي بذلك) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وإلا فهل يكفي عَدلٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : فلا بُدَّ من عَدلَينِ) تبعَه الأذرَعيُّ ، وقال الإمامُ في الدِّياتِ عندَ ذكرِ الخلفاتِ : يُؤخَذُ بقولِ اثنَينِ منهم عندَ فرضِ النِّزاعِ كما يُطلَبُ مُقَوِّمانِ عندَ الاختلافِ في مِقدارِ القِيمَةِ .

(٦) (قوله : ويُخبِرُ بالعيبِ القديمِ) وبأنَّه اشتراه غيرَ عالِمٍ به ثم عَلِمَ ورَضي به وشَمِلَ العيبُ ما يُنقِصُ العينَ فقط كالخصاءِ .

عليه بالباقي وبنقصِ القيمةِ كان أولى ، لأنَّ الإخبارَ بالأولِ عُلِمَ مِمَّا قبله **(وإنْ باعَ بلفظِ ما اشتريت ذَكَرَ صورةَ الحالِ)** أيِ : الثمَنِ والجِنايةِ .

(فرعٌ : ويُخبِرُ بالشِّراءِ من ابنِه الطِّفْلِ) ونَحوِه [١] ، لأنَّ الغالِبَ في شِرائِه من مُولِّيه أنْ يزيدَ في الثمَنِ نَظَرًا له وتحرُّزًا عن التُهْمَةِ بخِلافِ شِرائِه من أبيه وابنِه الرَّشيدِ لا يجِبُ الإخبارُ به كالشِّراءِ من زَوْجَتِه ومُكاتبه ، وكذا يُخبِرُ بالشِّراءِ **(بالغبنِ** [٢] **لو غَبَنَ)** ؛ لأنَّ الغرَضَ يختلِفُ بذلك **(لا بوطءِ الثيِّب وأخذِ مَهرٍ)** لها واستِعمالٍ لا يُؤثِّرُ في المبيعِ **(و)** أخذِ **(زياداتٍ مُنفصِلَةٍ حادِثَةٍ** [٣]**)** كلَبَنٍ وولَدٍ وصوفٍ وثَمَرَةٍ ، لأنَّها لم تأخُذ قِسطًا من الثمَنِ **(ويحُطُّ)** منه **(قِسطَ ما أخَذَ من لَبَنٍ وصوفٍ وحَملٍ وثَمَرَةٍ)** ونَحوِها إذا كان مَوجودًا **(حالَ العقدِ)** ؛ لأنَّه أخَذَ قِسطًا من الثمَنِ ، وهذا تصريحٌ بما فُهِمَ من قولِه حادِثَةٍ .

(فصلٌ : إذا بانَ كذِبُه بزيادةٍ ولو غَلَطًا) كأنْ قال اشتريته بمِائَةٍ وباعَه مُرابحَةً [٤] ثُم بانَ أنَّه اشتراه بتِسعينَ بإقرارِه أو ببيِّنَةٍ **(سَقطَتِ الزِّيادةُ وربحُها)** ؛ لأنَّه تمليكٌ باعتِبارِ الثمَنِ الأولِ كما في الشُّفعَةِ **(ولا خيارَ لهما)** أمَّا البائعُ فلِتدليسِه وأمَّا المشتري فلأنَّه إذا رَضيَ بالأكثرِ فبالأقَلِّ أولى سواءٌ أكان المبيعُ باقيًا أم تالِفًا وبما ذَكرَ عُلِمَ أنَّ البيعَ صَحيحٌ ، لأنَّ التغريرَ لا يمنَعُ صِحَّةَ البيعِ كما لو روَّجَ عليه مَعيبًا ، وتعبيرُه كالرَّوْضَةِ بالسُّقوطِ أولى / من تعبيرِ الرَّافعيِّ وغيرِه بالحطِّ ، لأنَّا نَتبيَّنُ أنَّ ٩٥/٢
العقدَ إنَّما وقَعَ بما بَقِي لا أنَّه يحتاجُ إلى إنشاءِ حَطٍّ بخِلافِ استِرجاعِ أرشِ العيبِ

---

(١) (قوله : ويُخبِرُ بالشِّراءِ من ابنِه الطِّفلِ ونحوِه) قال الأذرعيُّ هل يفترِقُ الحالُ بين كونِهم في حِجْرِه أم لا ؟ لَم أرَ فيه شيئًا وهل غيرُ الأب من الأصولِ كالأب ؟ لَم أرَ فيه نصًّا قال الناشِريُّ والظَّاهرُ أنَّه مِثلُه .

(٢) (قوله : وكذا بالغبنِ) مِثلُه ما لو اشتراه بأكثرَ من قِيمَته لِغَرَضٍ خاصٍّ .

(٣) (قوله : وزياداتٌ مُنفصِلَةٌ حادِثةٌ) قال في المطلَب : لو اشتراها حائِلا فحَمَلَتْ وولَدَتْ ثم أرادَ بَيْعَها مُرابحَةً فلَم أرَ فيها نَقلا والذي تقتضيه أُصولُنا أنَّه إن زالَ نَقصُ الوِلادَةِ قبلَ بَيْعِه ولَم يكُن فيه مَحذورُ التفريقِ لَم يجِب الإخبارُ بما جَرى وإن لَم يزُل وجَبَ الإخبارُ به وإن كان ثَمَّ تفريقٌ مُحَرَّمٌ لَم يصِحَّ البيعُ .

(٤) (قولُه كأنْ قال اشترَيْت بِمِائَةٍ وباعَه مُرابحَةً) كأنْ قال بعتُك برأسِ مالي وهو مِائَةٌ وربحِ كذا فلو قال : اشترَيْته بمِائَةٍ وبعتُكه بمِائَةٍ وعَشَرَةٍ فلا حَطَّ ولا خيارَ لِتقصيرِ المُشتري بتصديقِه قال القاضي الحُسَيْنُ وجَزَمَ به في الأنوارِ وفي النِّهايةِ ما يُخالِفُه وكأنَّه لَم يقَع عن قَصْدٍ وقد مَرَّ في كلامِ الشارِحِ .

القَديمِ فإنَّه إنشاءُ حَطٍّ من الثَمَنِ بدَليلِ أنَّ العقدَ إذا ورَدَ على مَعيبٍ فمُوجِبُ العيْب الرَّدُّ عِندَ القُدرةِ عليه فكأنَّ الأرشَ بَدَلٌ عن الرَّدِّ إذا تعذَّرَ قاله الإمامُ .

(فإنْ لم يُبَيِّن الأجَلَ والعيبَ) أو شَيْئًا آخرَ ممَّا يجِبُ ذِكرُه كما صرحَ به الأصلُ (فللمُشتري الخيارُ) لِتدليسِ البائِعِ عليه بتركِ ما وجَبَ عليه ، وعُلِمَ من كلامِه أنَّه لا سُقوطَ في غيرِ الكذِبِ بالزِّيادَةِ وهو كذلك ويندَفعُ ضَرَرُ المشتري بثُبوتِ الخيارِ له ، وقال الإمامُ والغزاليُّ بالسُّقوطِ حتى لو أخبَرَ بالثَمَنِ حالاً أو ترَك الإخبارَ به فباعَ به حالاً فبانَ مُؤَجَّلا قوِّمَ المبيعُ حالاً ومُؤَجَّلا بذلك الأجَلِ وسَقطَ من الثَمَنِ بنِسبَةِ التفاوُتِ في القيمَةِ فلو قوِّمَ حالاً بمِائَةٍ ومُؤَجَّلا بمِائةٍ وعَشرَةٍ فالتفاوُتُ جُزءٌ من أحدَ عَشرَ جُزءًا من القيمَةِ فيسقُطُ جُزءٌ من أحدَ عَشرَ جُزءًا من الثَمَنِ .

(فرعٌ : لو غَلِطَ) البائِعُ (فنقَصَ) من الثَمَنِ كأنْ قال : اشتريته بمِائَةٍ وباعَه مُرابحَةً ثُم قال : غَلِطت إنَّما اشتريته بمِائَةٍ وعَشرَةٍ (وصَدَّقَه المشتري [1] فالبيعُ صَحيحٌ) كعَكسِه (وللبائِعِ الخيارُ) لِعُذرِه بالغلَطِ (لا إلحاقُ الزِّيادَةِ) [2] وضَرَرُه يندَفعُ بثُبوتِ الخيارِ له (وإنْ كذَّبَه المشتري نَظَرت فإنْ ذَكرَ لِغَلَطِه وجهًا) مُحتمَلا [3] (كقولِه زَوَّرَ عَنِّي وكيلي) عِبارَةُ الأصلِ : اشتراه وكيلي وأخبَرت أنَّ الثَمَنَ مِائَةٌ فبانَ خِلافُه أو ورَدَ عليَّ منه كِتابٌ فبانَ مُزَوَّرًا (أو راجَعت جَريدَتي فغَلِطت من ثَمَنٍ إلى ثَمَنٍ سُمِعَتْ دَعواه لِلتَّحليفِ) أي : لِتحليفِ المشتري أنَّه لا يعرِفُ ذلك ، لأنَّه قد يُقِرُّ عِندَ عَرضِ اليمينِ عليه .

---

(١) (قوله : لو غَلِطَ فنَقَصَ وصَدَّقَه المُشتري) أو قامَتْ به بَيِّنَةٌ كما قاله الصَّيمَريُّ في شرحِ الكِفايةِ والمُتوليّ وغيرُه .

(٢) (قوله : ولِلبائِعِ الخيارُ لا إلحاق الزِّيادَةِ) قال السُّبكيُّ : الرَّافِعِيُّ وفَّى بمُقتضَى التسويةِ الجهالَةَ ، وأمَّا النوويُّ ، فلا سَلَكَ التنزُّلَ على الثمَنِ الأوَّلِ مُطلَقًا حتى يُثبِت الزِّيادَةَ ولا التنزيلَ على المُسَمَّى مُطلَقًا فيُلغي الزِّيادَةَ وطَريقَتُه مُشكِلَةٌ ويحتاجُ إلى الفرقِ حيثُ راعَى هنا المُسَمَّى وهناكَ العقدَ . ا هـ . وفرَّقَ الزَّركَشيُّ بينهما بأنَّ في المسألَةِ الأولى قد أقرَّا وقامَت البيِّنَةُ بأنَّه تسعونَ فلا يُمكِنُ بعدَ ذلك دَعوى الزِّيادَةِ فتعَيَّنَ النظَرُ إلى العقدِ الأوَّلِ وأمَّا في الثانيةِ فلأنَّه لَم يحْدُثْ منه ما يُنافي دَعواه والمُشتري مُصَدِّقٌ له . ا هـ . وليس بالواضِحِ وفرَّقَ الغزِّيُّ بأنَّ البائِعَ هناكَ نَقَصَ حَقَّه فنَزَّلنا الثمَنَ على العقدِ الأوَّلِ ولا ضَرَرَ على المُشتري وهَهنا يزيدُ فلا يُلتفتُ إليه .

(٣) (قوله : مُحتمَلا) بفتحِ الميمِ وكَسرِها .

(وكذا) تُسمَعُ **(بَيِّنَتُه)** (١) بأنَّه اشتراه بأزيدَ مِمَّا غَلِطَ به كما سُمِعَتْ دَعواه لِلتَّحليفِ ، ولأنَّ ما ذَكرَه يُحرِّكُ ظَنَّ صِدقِه **(وإلا)** أي : وإنْ لم يذكُر لِغَلَطِه وجهًا مُحتمَلا **(فلا)** تُسمَعُ دَعواه ولا بَيِّنَتُه لِتكذيب قولِ الأولِ لهما (٢) **(ولو ادَّعَى عِلْمَ المشتري)** بصِدقِه **(حَلَف يمينَ)** نفيِ **(العِلمِ)** لِما مَرَّ .

(فإنْ نَكلَ حَلَفَ هو) على البَتِّ **(ويثبُتُ للمُشتري الخيارُ)** (٣) قال الشيخانِ : كذا أطلَقوه ، وقَضيَّةُ قولِنا : إنَّ اليمينَ المردودَةَ كالإقرارِ أنْ يعودَ فيه ما ذَكرنا حالَةَ التصديقِ (٤) أي فلا خيارَ للمُشتري قال في الأنوارِ : وهو الحقُّ قال : وما ذَكراه من إطلاقِهم غيرُ مُسَلَّمٍ فإنَّ المتولِّي والإمامَ والغزاليَّ أورَدوا أنَّه كالتصديقِ ولم يتعرَّض الكثيرُ لِحُكمِ الرَّدِّ ولم أجِد ثُبوت الخيارِ إلا في الشامِلِ .

(تنْبيهٌ) : اقتصَروا في حالَةِ النَّقصِ على الغلَطِ (٥) ، وقياسُ ما مَرَّ في الزِّيادَةِ ذِكرُ التعمُّدِ ولَعَلَّهم ترَكُوه لأنَّ جَميعَ التفاريعِ لا تأتي فيه .

(فرعٌ : الدَّراهمُ في قولِه) اشتريته بكذا وبعتُكه به **(وربحُ دِرهَمٍ تكونُ من نَقدِ البَلَدِ** (٦) **سواءٌ كان الثَّمَنُ منه)** أي : من نَقدِ البَلَدِ **(أو لا)** قال في الأصلِ : مع ذلك قولُه في المرابَحَةِ : بعتُك بكذا يقتضي كَوْنَ الرِّبحِ من جِنْسِ الثَّمَنِ الأولِ لكنْ يجوزُ جَعلُه من غيرِ جِنسِه ، قال الزَّركشيُّ : مُرادُه أنَّه يجوزُ بالتعيينِ أمَّا عِندَ الإطلاقِ فيُحمَلُ على الجِنسِ من نَقدِ البَلَدِ أي : كما في الصُّورَةِ التي اقتصَرَ عليها

---

(١) (قوله : وكذا تُسمَعُ بَيِّنَتُه) وإذا سُمِعَتْ فهو كما لو صَدَّقَه المُشتري .

(٢) (قوله : لِتكْذيب قولِ الأوَّلِ لهما) لأنَّه رُجوعٌ عن إقرارٍ تعَلَّقَ به حَقُّ آدَميٍّ .

(٣) (قوله : ويثْبُتُ لِلمُشتري الخيارُ) بين إمضاءِ العقدِ بما حَلَف عليه وبين الفسخ وكَتبَ أيضًا في بعضِ النُّسَخِ ولا يثْبُتُ .

(٤) (قوله : ويعودُ فيه ما ذكرنا حالَةَ التصديقِ) قال البُلقينيُّ هذا إنَّما يصِحُّ أن لو كان القائِلونَ بهذا التفريعِ جَميعَ القائِلينَ بالخلافِ الأوَّلِ وتفاريعِه وليس الأمرُ كذلك فالقائِلونَ بالصِّحَّةِ هناكَ يفترِقونَ فِرقَتَيْنِ فِرقَةٌ تُصحِّحُه بالزِّيادَةِ مع رِبحِها وتُثْبِتُ لِلمُشتري الخيارَ وهم القائِلونَ هنا بأنَّه يأخُذُه المُشتري بما حَلَف عليه البائِعُ إنِ اختارَ الإمضاءَ وإلا فله الفسخُ وفِرقَةٌ قالتْ هناكَ بأنَّ الزِّيادَةَ لا تثْبُتُ ولِلبائِعِ الخيارُ . ا هـ .

(٥) (قوله : اقتصَروا في حالَةِ النقصِ على الغلَطِ) لأنَّ دَعواه عندَ التعمُّدِ غيرُ مَسموعَةٍ .

(٦) (قوله : تكونُ من نَقدِ البلَدِ) سَواءٌ كان الثمَنُ منه أم لا فيكونُ الأصلُ مِثلَ الثمَنِ سَواءٌ أكان من نَقدِ البلَدِ أم من غيرِه .

المصنف .

(فصلٌ) لو **(اتَّهَبَ بشرطِ الثّواب ذَكَرَه وباعَ به مُرابحَةً أو اتَّهَبَه بلا عِوضٍ)** أو مَلَكه بإرثٍ أو وصيَّةٍ أو نَحوِهما **(ذَكَرَ القيمَةَ)** وباعَ بها مُرابحَةً ولا يبيعُ بلفظِ القيامِ ولا الشِّراءِ ولا رَأسِ المالِ ، لأنَّ ذلك كذِبٌ **(وله أنْ يقولَ في عبدٍ هو أُجرَةٌ أو عِوضُ خُلْعٍ أو نِكاحٍ أو صالحَ به عن دَمٍ قامَ عليَّ بكذا أو يذكُرَ أُجرَةَ المِثلِ)** في الإجارَةِ **(ومَهرَه)** في الخُلْعِ والنِّكاحِ **(والدِّيَة)** في الصُّلحِ بأنْ يقولَ : قامَ عليَّ بمِائَةٍ هي أُجرَةُ مِثلِ دارٍ مَثَلا أو مَهرُ مِثلِ امرَأةٍ أو صُلحٌ عن ديةٍ وبعتُكه بها **(ولا يقولُ اشتريت)** ولا رَأسِ المالِ كذا لأنّه كذِبٌ .

(بابُ بيعِ الأُصولِ والثِّمار)

الترجَمَةُ به من زيادَتِه ، قال النَّوويُّ في تحريرِه : الأُصولُ : الشجَرُ والأرضُ ، ٩٦/٢ والثِّمارُ جَمعُ ثَمَرٍ وهو جَمعُ ثَمَرَةٍ ويأتي / مع ذلك غيرُه **(اللفظُ المتناوِلُ غيرَه)** في عقدِ البيعِ **(ستَّةٌ : الأولُ : الأرضُ ومِثلُها البُقعَةُ والسَّاحَةُ والعرصَةُ فإنْ باعَها أو رَهَنَها بما فيها من أشجارٍ** [١] **وأبنيةٍ دَخَلَتْ)** في العقدِ ولو بقولِه بعتُك أو رَهَنتُك الأرضَ بما فيها أو عليها أو بها أو بحُقوقِها **(وإن استثناها)** كبعتُك أو رَهَنتُك الأرضَ دون ما فيها **(خرجتْ)** أي لم تدخُلْ في العقدِ **(وإنْ أطلَقَ)** كبعتُك أو رَهَنتُك الأرضَ **(دَخلَتْ في البيعِ)** : لأنّها لِلثَّباتِ والدّوامِ في الأرضِ فأشبَهَتْ جُزأها [٢] فتتبَعَها كما في الشُّفعَةِ .

ويُؤخَذُ منه تقييدُ الأشجارِ بالرَّطبَةِ [٣] فتخرُجُ اليابسَةُ وقد صرّحَ به ابنُ الرِّفعَةِ

---

(١) (قوله : ما فيها من أشجارٍ) ولو أشجارِ الموزِ فقد عَدَّها البغَويّ مِمّا يندرِجُ على أصحّ الطُّرُقِ وصحَّحَه السُّبكيُّ .

(٢) (قوله : فأشبَهَتْ جُزأها إلخ) وجَّهَه ابنُ الرِّفعَةِ بأنَّ لَفظَ الأرضِ يشمَلُ الأُسَّ والمغرس فلو بَقِيَ البناءُ والشجَرُ لِلبائعِ لخَلا الأُسُّ والمغرس عن البُقعَةِ وتكونُ مَنفعَتُهما مُستثناةً لا إلى غايةٍ فإنَّه لا يُمكِنُ قَلعُ البناءِ والشجَرِ لأنَّه مُحترَمٌ يُرادُ لِلبَقاءِ ولا تبقِيتُه بالأُجرَةِ لأنَّه حينَ أحدَثَه أحدَثَه في مِلكِه فإذا كان الأُسُّ والمغرس بهذه المثابةِ لا يصِحُّ بَيعُه مُفرَدًا بالاتِّفاقِ فوجَبَ إذا ضُمَّ إلى مَبيعٍ خَلا عن ذلك أنَّه يبطُلُ في الجميعِ لِلجَهالَةِ بالثمَنِ فلَمَّا أفضَى الأمرُ إلى هذا المحذورِ حُكِمَ بالاندِراجِ حِرصًا على تصحيحِ العقدِ كما أُدرِجَ الحملُ وهذا المعنَى مَفقودٌ في الرَّهنِ لأنَّ المُرتهنَ لا يستحِقُّ شيئًا من مَنافِعِه حتى يكونَ استثناءُ البناءِ والغِراسِ مُخرِجًا لِلعَقدِ عن وضعِه .

(٣) (قوله : ويُؤخَذُ منه تقييدُ الأشجارِ بالرَّطبَة) ولا بُدَّ أنْ يكونَ المقصودُ بها الدَّوامَ . ...=

والسُّبكيُّ (١) تفقُّهًا ، وهو قياسُ ما يأتي من أنَّ الشجرَ (٢) لا يتناولُ غُصنَه اليابسَ ولا يشكُلُ بتناوُلِ الدّارِ ما أُثبت فيها من وتدٍ ونَحوِه كما سَيأتي لأنَّ ذلك أثبَتُ فيها لِلانتِفاعِ به مُثَبَّتًا فصارَ كجُزئِها بخِلافِ الشجَرَةِ اليابسَةِ ، نَعَم إنْ عُرِّشَ عليها عَريشٌ لِعِنَبٍ ونَحوِه أو جُعِلَتْ دِعامَةً لجِدارٍ أو غيرِه صارَتْ كالوتدِ فتدخُلُ في البيعِ (لا) في (الرَّهْنِ) ؛ لأنَّ البيعَ قَوِيٌّ ينقُلُ المِلْك فيستتْبعُ بخِلافِ الرَّهْنِ ومن ثَمَّ كان الوقفُ والهبَةُ كالبيعِ كما اقتضاه كلامُ الرَّافعيِّ وصرّحَ به في القاني الدّارِميُّ (٣) والجُرجانيُّ وغيرُهما ، وفي معنى ذلك الصَّدَقَةُ والوصيَّةُ (٤) ونَحوُهما والعاريَّةُ كالرَّهْنِ ، وكذا الإقرارُ كما اقتضاه كلامُ الرَّافعيِّ في بابه (٥) (ولا يدخُلُ) في بيعِ الأرضِ (مَسيلُ الماءِ وشِربُها) بكسرِ الشِّينِ أي نَصيبُها (من القَناةِ) والنَّهرِ المملُوكيْنِ (حتّى) يشرِطَه كأنْ (يقولَ بحُقوقِها) والمرادُ الخارِجُ من ذلك عن الأرضِ ، أمَّا الدّاخِلُ فيها فلا ريبَ في دُخولِه (٦) ، نَبَّهَ عليه السُّبكيُّ وغيرُه وهذا بخِلافِ ما لو اكتراها لِزَرعٍ أو غِراسٍ فإنَّ ذلك يدخُلُ مُطلَقًا لأنَّ المنفعَةَ لا تحصُلُ بدونِه .

(فصلٌ : لا يدخُلُ في) بيعِ (الأرضِ) من الزَّرعِ (ما يُؤْخَذُ دَفعَةً كزَرعٍ) يُوهِمُ أنَّ ما بعدَه ليس بزَرعٍ وليس كذلك ، فكان الأولى أن يقولَ كبُرٍّ وشَعيرٍ

= قال الأذرَعيُّ يجبُ أن يُستثنَى من دُخولِ الشجرِ بجُملَته ما إذا كان يُقطَعُ من وجه الأرضِ مَرَّةً بعدَ أُخرى كالحورِ بالحاءِ والرَّاءِ المُهمَلَتيْنِ ويكونُ هذا من قِسمِ ما يُجَزُّ من البُقولِ مَرَّةً بعدَ أُخرى ونحوِها فيدخُلُ أصلُه في مُطلَقِ بَيْعِ الأرضِ وما عَلا منه وارتفعَ عن وجه الأرضِ يكونُ لِلبائعِ وقد صَرَّحوا بذلك في أغصانِ الخلافِ التي تُجَزُّ من وجه الأرضِ وهذا واضِحٌ وقد يغفُلُ عنه .

(١) (قوله : وقد صَرَّحَ به ابنُ الرِّفعَةِ والسُّبكيُّ إلخ) أي وغيرُهما وقال الإسنَويُّ لا تدخُلُ جَزمًا .

(٢) (قوله : وهو قِياسُ ما يأتي من أنَّ الشجَرَ إلخ) لا شَكَّ في أنَّ دُخولَ الغُصنِ في اسمِ الشجَرَةِ أقرَبُ من دُخولِ الشجَرَةِ في اسمِ الأرضِ ولِهذا يدخُلُ الغُصنُ الرَّطْبُ بلا خلافٍ .

(٣) (قوله : وصَرَّحَ به في الثاني الدَّارِميُّ) وبالأوَّلِ ابنُ رَضوانَ في شرحِ التنْبيه فقال إذا وقَفَ الأرضَ دَخَلَ كُلُّ ما هو مُتَّصِلٌ بها إلا الثمَرَةَ فإنَّه لا يصِحُّ وقفُها . ا هـ .

(٤) (قوله : وفي مَعنَى ذلك الصَّدَقَةُ والوصيَّةُ) ونحوُهما من كُلِّ عَقدٍ يُزيلُ المِلكَ كَجَعلِها صَداقًا أو أُجرَةً أو جَعالَةً أو قَرضًا إنْ جَوَّزنا قَرضَ العقارِ وكذا الإجارَةُ لأنَّها لا تنقُلُ المِلكَ في الأرضِ .

(٥) (قوله : كما اقتضاه كلامُ الرَّافِعيِّ في بابه) وهو الأقرَبُ لِبنائِه على اليقِينِ وإنْ أفتى القفَّالُ بأنَّه كالبيعِ .

(٦) (قوله : أمَّا الدَّاخلُ فيها فلا رَيْبَ في دُخولِه) قال الدَّميريّ ومِمَّا يدخُلُ في بَيْعِ الأرضِ السَّوَّاقِي التي تشرَبُ منها وأنهارُها وعَيْنُ ماءِها .

(ونَحوِه من الفُجلِ [١] **والجزَرِ وقُطنِ خُراسانَ)** والثُّومِ وغيرِها **(وإنْ قال بحُقوقِها)** لأنَّه ليس لِلدَّوامِ [٢] فأشبَهَ مَنقولاتِ الدّارِ **(وله)** أي للمُشتري **(الخيارُ إنْ جَهِلَ أزراعَها)** بأنْ رَآها قبله ، قال الأذرَعيُّ : أو لم يسترها الزَّرعَ [٣] لِتأخُّرِ انتِفاعِه ، نَعَم إنْ ترَكه له البائعُ أو قَصُرَ زَمَنُ التفريغِ سَقَطَ خيارُه كما يُعلمُ مِمّا سَيأتي في البَذرِ ، أمّا العالِمُ بذلك فلا خيارَ له لِتقصيرِه ، نَعَم إنْ ظَهَرَ أمرٌ يقتضي تأخيرَ الحصادِ عن وقتِه المعتادِ فله الخيارُ كما قاله ابنُ الرِّفعَةِ ، وبما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّ بيعَ الأرضِ المزروعَةِ صَحيحٌ كبيعِ دارٍ مَشحونَةٍ بأمتِعَةٍ **(ويصِحُّ قبضُها مَزروعَةً)** فتدخُلُ في ضَمانِ المشتري بخِلافِ قبضِ الدّارِ المذكُورَةِ **(لِتعَذُّرِ التفريغِ)** هنا بخِلافِه ثَمَّ **(ويترُكُ)**

٩٧/٢ الزَّرعَ **(إلى)** أولِ إمكانِ **(الحصادِ)** [٤] دون نِهايتِه **(بلا أُجرَةٍ)** / على البائعِ لِمُدَّةِ بَقائِه كما في بيعِ الدّارِ المشحونَةِ بالأمتِعَةِ [٥] ، ولأنَّ البائعَ زَرعَ مِلْك نفسِه فلا يُؤمَرُ بالقَلعِ قبلَ أوانِه **(وعليه)** بعدَ القَلعِ **(تسويةُ)** حُفرِ **(الأرضِ)** الحاصِلَةِ به **(وقَلْعُ عُروقٍ مُضِرَّةٍ)** بها **(كالذُّرَةِ)** والقُطنِ تشبيهًا بما إذا كان في الدّارِ أمتِعَةٌ لا يتَّسِعُ لها بابُ الدّارِ فإنَّه يُنقَضُ وعلى البائعِ ضَمانُه .

(تنبيهٌ) عَدَّ الشيخانِ - مِمّا يُؤخَذُ دَفعَةً - السِّلْقَ بكسرِ السِّينِ واعترَضَهما جَماعَةٌ [٦] بأنَّه مِمّا يُجَزُّ مِرارًا وأجابَ الأذرَعيُّ بأنَّه نَوعانِ : نَوعٌ يُؤخَذُ دَفعَةً وهو ما

---

(١) (قوله : من الفُجلِ) بضَمِّ الفاءِ .

(٢) (قوله : لأنَّه ليس لِلدَّوامِ) لأنَّه نَماءٌ ظاهرٌ يُرادُ لِلنَّقلِ والتحويلِ دونَ البقاءِ .

(٣) (قوله : قال الأذرَعيُّ أو لَم يسترُها الزَّرعُ إلخ) قال شيخُنا ومَعلومٌ أنَّه لا بُدَّ من سَبقِ رُؤيَةٍ مع الجهْلِ بالزَّرعِ أو يراها مَزروعَةً ولَم يمنَع الزَّرعُ الرُّؤيَةَ ويُظَنُّ حَصادُ ما فيها ويتَبَيَّنُ بَقاؤُه .

(٤) (قوله : ويُترَكُ إلى أوانِ الحصادِ) إلا أنْ تجري العادَةُ بأخذه قَصيلا رَطْبًا وكَتبَ أيضًا مُقتضى كلامِه استحقاقِ البائعِ لا بَقائِه ومَحَلُّه إذا شرَطَ الإبقاءَ أو أطلَقَ فإنْ شَرَطَ القطعَ ففي وُجوبِ الوفاءِ به ترَدُّدٌ لِلأصحاب وقال الإسنَويُّ ولَم يتعَرَّض الرَّافِعيُّ لِهذه المسألَةِ غيرَ أنَّه جَزَمَ في بَيْعِ الثمَرَةِ المُؤَبَّرَةِ قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ بوُجوب القطعِ إذا شَرَطَه وهو نَظيرُ المسألَةِ .

(٥) (قوله : كما في بَيْعِ الدَّارِ المشحونَةِ بالأمتعَةِ) لا يستحِقُّ أُجرَةً لِمُدَّةِ التفريغِ وكَتبَ أيضًا لو كانت الأمتعَةُ لِغيرِ البائعِ إمَّا بإعارَةٍ منه أو بنحوِ ذلك أو بغَصبٍ فإنَّ المُشتري يستحِقُّ على الأجنَبيِّ الأُجرَةَ وكذلك لو كانتْ لِلبائعِ ثم باعَها بعدَ البيعِ فإنَّ الأُجرَةَ تجِبُ لِلمُشتري على المُشتري من البائعِ .

(٦) (قوله : واعترَضَهما جَماعَةٌ إلخ) قال ابنُ العِمادِ هذا خَطَأٌ فإنَّ السِّلقَ لا يُحصَدُ مَرَّةً بعدَ مَرَّةٍ ولا يبقَى سِنينَ بل ولا سَنَةً وإنَّما تُحصَدُ أوراقُه شيئًا فشيئًا وكُلُّ ما حُصِدَ لا يخلُفُ .

أراده الشيخان ، ونَوْعٌ مِمّا يُجَزُّ مِرارًا وهو المعروف بمِصرَ وأكثرِ بلادِ الشام .

(فصلٌ : وما يتكرَّرُ ثَمَرُه) بأنْ يُؤْخَذَ مَرَّةً بعدَ أُخرَى **(في سَنَتينِ فأكثَرَ)** بل أو أقلَّ (١) كما قاله جَماعَةٌ منهم الرُّويانيُّ ونَقَله عن نَصِّ الأُمِّ ، وقال الأذرَعيُّ إنه المذهَبُ (٢) **(كالقُطنِ الحِجازيِّ** (٣) **والنَّرجِسِ)** والبَنفسَجِ **(أو يُجَزُّ مِرارًا كالكُرّاثِ)** والنَّعناعِ والقَصَبِ الفارِسيِّ **(والقَتِّ)** بالقافِ والتاءِ المثنّاةِ وهو ما يُقطَعُ لِلدَّوابِّ يُسَمَّى القُرطَ والرَّطبَةَ والقَضبَ بإسكانِ المعجَمَةِ **(فالأُصولُ منه كالشجَرِ)** فتدخُلُ في بيعِ الأرضِ **(والثَّمَرَةُ الظّاهِرَةُ للبائِعِ)** فلا تدخُلُ فيه بخِلافِ الكامِنَةِ لكونِها كجُزءٍ من الشجَرِ فدَخَلَت معها في بيعِ الأرضِ **(وكذا الجِزَّةُ)** بكسرِ الجيمِ **(الموْجودَةُ)** عِندَ بيعِ الأرضِ المشتمِلَةِ على ما يُجَزُّ مِرارًا للبائِعِ بخِلافِ غيرِ الموْجودَةِ .

(ويُشتَرَطُ) وُجوبًا **(على البائِعِ قَطعُها وإنْ لم تبلُغْ أوانَ الجزِّ)** لِئَلا تزيدَ فيشتبهَ المبيعُ بغيرِه وزادَ هنا قولَه : **(بخِلافِ الثَمَرَةِ)** أي التي لا يغلِبُ اختِلاطُها فلا يُشتَرَطُ فيها ذلك ، أمّا غيرُها فكالجِزَّةِ كما يُعلمُ مِمّا يأتي آخِرَ الباب وما ذُكِرَ من اشتِراطِ القَطعِ هو ما جَزَمَ به الشيخانِ كالبَغَويِّ وغيرِه واعتِبارُ كثيرٍ وُجوبَ القَطعِ من غيرِ اعتِبارِ شرطِه محمولٌ على ذلك بقَرينَةِ كلامِهم الآتي آخِرَ الباب .

(قال في التتِمَّةِ : إلا القَصَبَ) (٤) أي الفارِسيَّ كما صرّحَ به الشيخُ أبو حامِدٍ (٥) والرُّويانيُّ والبَغَويُّ وغيرُهم **(فلا يُكلَّفُ قَطعُه حتّى ينفعَ)** أي يكونَ قدرًا

---

(١) (قوله : بل أو أقلَّ) سَواءٌ أبَقِي سَنَةً فقط أم أقلَّ كالهندَبا .

(٢) (قوله : وقال الأذرَعيُّ إنَّه المذهَبُ) جَزَمَ به في الأنوارِ .

(٣) (قوله : كالقُطنِ الحِجازيِّ) خَرَجَ بالحِجازيِّ قُطنُ خُراسانَ وبَغدادَ فحُكمُه حُكمُ الزَّرعِ بخِلافِ غيرِ الموجودَةِ وفرَّقَ بينها وبين مَسألَةِ ثَمَرَةِ النخلِ المبيعِ بأنَّ الطَّلعَ له أمَدٌ ينتهي إليه ولا أمَدَ لِلرَّطبَةِ وبأنَّه لا مَنفعَةَ لِلمُشتري في قَطعِ الثمَرَةِ ولِلبائِعِ مَنفعَةٌ في تركِ قَطعِها فائِدَةٌ لِلمُشتري وفي تركِ قَطعِها فائِدَةٌ لِلبائِعِ .

(٤) (قوله : قال في التتِمَّةِ إلا القصَبَ) قال شيخُنا عُلِمَ منه أنَّ الاستثناءَ من وُجوب القطعِ لا من شرطِ عليه .

(٥) (قوله : كما صَرَّحَ به الشيخُ أبو حامِدٍ إلخ) عِبارَةُ الشيخ أبي حامِدٍ أنَّ القصَبَ الفارِسيَّ لا يلزَمُ البائِعَ تحويلُه إلى وقت قَطعِه في العادَةِ وهو زَمَنُ الشِّتاءِ فإنْ قُطِعَ قبلَ ذلك الوقت تلِف فلَم يصلُحْ لِشيءٍ وكذا قال القاضي الحُسَيْنُ والبغَويُّ والجُرجانيُّ والرُّويانيُّ اقتضَضتُك .

يُنتفعُ به (وشَجَرُ الخِلافِ) بتخفيفِ اللامِ (كالقَصَبِ (١)) في ذلك قال السُّبكيُّ : وفي الاستِثناءِ نَظَرٌ والوجه التسوِيةُ ، إمَّا أنْ يُعتبَرَ الانتِفاعُ في الكُلِّ أو لا يُعتبَرُ في الكُلِّ وهو الأقرَبُ بخِلافِ بيعِ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ لأنَّها مَبيعَةٌ بخِلافِ ما هنا قال الأذرَعيُّ : وفيه نَظَرٌ ، لأنَّ ما ظَهَرَ وإنْ لم يكنْ مَبيعًا يصيرُ كما لو باعَ ذِراعًا من ثَوبٍ ينقُصُ بقَطعِه فيبطُلُ العقدُ . ا هـ . ويُفرَّقُ بأنَّ القبضَ هنا مُتأتٍّ بالتخليةِ وهناك مُتعَذِّرٌ شرعًا لأنَّه إنَّما يحصُلُ بالنَّقلِ وهو مُتوقِّفٌ على القَطعِ المفضي إلى النَّقصِ ، نَعَم يُجابُ عن كلامِ السُّبكيِّ بأنَّ تكليفَ البائعِ قَطعَ ما استثنَى يُؤدِّي إلى أنَّه لا ينتفعُ به من الوجه الذي يُرادُ لِلانتِفاعِ به بخِلافِ غيرِه ولا بُعدَ في تأخيرِ وُجوبِ القَطعِ حالاً لِمَعنًى بل قد عُهِدَ تخَلُّفُه بالكُلِّيَّةِ وذلك في بيعِ الثَّمَرَةِ من مالِكِ الشجَرَةِ كما سَيأتي بَيانُه .

(فرعٌ : للبَذرِ) الكامِنِ (في الأرضِ حُكمُ نابتِه (٢)) فيما مَرَّ (فيدخُلُ) في بيعِها (بَذرُ النَّخلِ والقَضبِ) بمُعجَمَةٍ ساكِنَةٍ أو بمُهمَلَةٍ مَفتوحَةٍ (ونَحوِه) ممَّا يدومُ كنَوى الجوزِ واللوزِ وبذرِ الكُرَّاثِ والنَّعناعِ (لا بَذرَ ما يُؤخَذُ دَفعَةً) كبُرٍّ وشَعيرٍ (بل يثبُتُ به الخيارُ) للمُشتري (إنْ جَهِلَ) البَذرَ ويُترَكُ بعدَ الاختيارِ إلى الحصادِ بلا أُجرَةٍ مِثلَ ما مَرَّ (٣) (إلا إنْ ترَكه له) ....

---

(١) (قوله : وشَجَرُ الخلافِ كالقصَبِ) قال القاضي الحُسَيْنُ الخلافُ نوعانِ ما يُقطَعُ من أصلِه كُلَّ سَنَةٍ فكالقصَبِ ونحوِه حَرفًا بحَرفٍ وما يُترَكُ ساقُه وتُؤخَذُ أغصانُه فكالثِّمارِ قال ابنُ الأُستاذ وهو مُتَّجِهٌ قال الأذرَعيُّ ويظهَرُ تنزيلُ اختلافِ كلامِ الإمامِ على هذا التفصيلِ .

(٢) (قوله : لِلبَذرِ في الأرضِ حُكمُ نَباته إلخ) لو باعَ أرضًا مع بَذرٍ أو زَرعٍ لا يُفرَدُ بالبيعِ اعلَم أنَّ الزَّرعَ الذي لا يُمكِنُ إفرادُه بالبيعِ هو المستورُ إمَّا بالأرضِ كالفُجلِ أو بما ليس من صَلاحِها كالحِنطَةِ في سُنبُلِها والبذرُ الذي لا يُمكِنُ إفرادُه هو ما لَم يرَه أو تغيَّرَ بعدَ رُؤيتِه أو امتنَعَ عليه أخذُه كما هو الغالِبُ فإنْ أمكَنَ إفرادُه كالقصيلِ الذي لَم يُسَنبِل أو سَنبَلَ وثَمَرَتُه ظاهِرَةٌ كالذُّرَةِ والشعيرِ فإنَّه يصِحُّ وكالبذرِ الذي رَآه ولَم يتغيَّرْ وقَدرَ على أخذه قال السُّبكيُّ فينبَغي أنْ يصِحَّ وقال الإسنَويُّ لا شَكَّ في صِحَّته وحينَئذٍ فتقولُ المُصَنِّفُ لا يُفرَدُ بالبيعِ راجعٌ إلى الزَّرعِ والبذرِ وإنَّما أفرَدَ الضَّميرَ ولَم يقُل يُفرَدانِ لأنَّ المعروف في العطفِ بأو إفرادُ الضَّميرِ . ا هـ . وقال الزَّركَشيُّ قولُه لا يُفرَدُ قَيدٌ في البذرِ والزَّرعِ ويُترَكُ بعدَ الاختيارِ إلى الحصادِ هذا فيما العادَةُ فيه الإبقاءُ .

(٣) (قوله : بلا أُجرَةٍ مِثلِ ما مَرَّ) لَم يفصِل المُصَنِّفُ بين أنْ يكونَ ذلك قبلَ القبضِ أو بعدَه كما في مَسألَةِ الحِجارَةِ فما الفرقُ بينهما والجوابُ أنَّه قد يُتخَيَّلُ بينهما فرقٌ وهو أنَّ المُشتري ......=

.... / البائعُ (١) (أو) قال : إنه أفرَغَ الأرضَ ، و (قَصُرَ زَمَنُ ٩٨/٢ التفريغِ) بحَيثُ لا يُقابَلُ بأُجرَةٍ فلا خيارَ له لانتِفاءِ الضَّرَرِ في الأُولى وتدارُكِه حالا في الثانيةِ ، (كما لو اشترَى دارًا ثُم رَأى في سَقفِها خَلَلا يسيرًا يُمكِنُ تدارُكُه في الحالِ أو كانت مُنسَدَّةَ البالُوعَةِ فقال البائعُ : أنا أُصلِحُه) أيِ السَّقف (وأُنَقِّيها) أيِ البالُوعَةَ (فلا خيارَ للمُشتري) ويلزَمُه القَبولُ في مَسأَلَةِ التركِ ولا نَظَرَ للمِنَّةِ ، ويُفارِقُ ما لو قال الغُرَماءُ لا تُفسَخْ ونُقَدِّمُك بالثَّمَنِ بأنَّ المِنَّةَ ثَمَّ من أجنَبيٍّ عن العقدِ فلا تُحتمَلُ وبأنَّه رُبَّما يظهَرُ غَريمٌ آخَرُ فيُزاحِمُ البائعَ فيما أخَذَه فيتضَرَّرُ بخِلافِهما هنا .

(فصلٌ : وتدخُلُ الحِجارَةُ المخلُوقَةُ والمثبَّتَةُ في الأرضِ) في بيعِها ؛ لأنَّها من أجزائِها (وقد تكونُ عَيبًا) بالأرضِ (فيثبُتُ الخيارُ إن أضَرَّتْ بالغرسِ والزَّرعِ إن اشتُرِيتْ) أيِ الأرضُ (لِذلك) التصريحُ بثُبوتِ الخيارِ هنا من زيادَتِه ، وقد ذَكَرَه مع شرطِه مِن جَهلِ المشتري بعدُ مع أنَّه غَيَّرَ هنا عِبارَةَ الأصلِ بما يُفوِّتُ الغرَضَ ، وعِبارَةُ الأصلِ فإن كانت (٢) تضُرُّ بالزَّرعِ والغرسِ فهو عَيبٌ إن كانتِ الأرضُ تُقصَدُ لِذلك (ولا تدخُلُ الحِجارَةُ المدفونَةُ) (٣) فيها في بيعِها كالأقمِشَةِ والكُنوزِ (وللمُشتري المطالَبَةُ بقَلعِها) وفي نُسخَةٍ بنَقلِها تفريغًا لِمِلكِه بخِلافِ الزَّرعِ فإنَّه له أمَدًا يُنتَظَرُ وهذا من زيادَتِه هنا وهو مَعلُومٌ مِمَّا يأتي .

(ثُم إن كان عالِمًا) بها (فلا خيارَ له) (٤) وإن ضَرَّ قَلعُها ، نَعَم إن جَهِلَ ضَرَرَها وكان لا يزولُ بالقَلعِ أو تتعطَّلُ به مُدَّةٌ لِمِثلِها أُجرَةٌ فله الخيارُ صرَّحَ به المتولِّي قال ابنُ الرِّفعَةِ : وهو الذي لا يجوزُ غيرُه وكلامُ الأصحابِ يشهَدُ له نَبَّهَ عليه

= هنا له الخيارُ مُطلَقًا تضرَّرَ أم لا إذا كان جاهلا فيزولُ ضَرَرُه بالخيارِ وفي الحِجارَةِ لا خيارَ له إلا في بعضِ الأحوالِ كما سَيأتي فلا يزولُ ضَرَرُه إلا بطلَبِ الأُجرَةِ .

(١) (قوله : إلا أن ترَكَه له البائعُ) وهو إعراضٌ لِتركِ الخُصومَةِ على الأصحِّ كما في الأحجارِ .

(٢) (قوله : وعِبارَةُ الأصلِ فإن كانت إلخ) وإن كانت تضُرُّ بالغرسِ دونَ الزَّرعِ فكذلك عندَ ابنِ الصَّبَّاغِ وشيخه والبندَنيجيّ وسُلَيم وقِيلَ لا لكمالِ المنفعَةِ بأحدِ المقصودَيْنِ .

(٣) (قوله : ولا تدخُلُ الحِجارَةُ المدفونَةُ إلخ) لأنَّها ليست من أجزاءِ الأرضِ ولا مُتَّصِلَةً بها ولو شَرَطَ دُخولها فإن كانت مَعلومَةً مَرئيَّةً صحَّ ودَخلَت وإلا فيبطُلُ في الكُلِّ .

(٤) (قوله : ثم إن كان عالِمًا فلا خيارَ له) فارَقَ صِحَّةَ البيعِ فيما إذا عَلِمَ المُشتري بالحِجارَةِ بُطلانُه فيما إذا عَلِمَ بأنَّ تحتَ الصُّبرَةِ المبيعَةِ دَكَّةً بمَنعِها تخمينِ قدرِ المبيعِ فيكثُرُ الغرَرُ .

الزَّركشيُّ (١) .

(لكنْ يُجْبَرُ البائعُ على تفريغِ مِلْكِه) وللبائعِ التفريغُ أيضًا بغيرِ رِضا المشتري ولو سَمَحَ له بها لم يلزَمه القَبولُ . **(و)** على **(تسويةِ)** حُفرِ **(الأرضِ)** (٢) الحاصِلَةِ بالقَلْعِ وهي كما في المطلَب أنْ يُعيدَ التُّرابَ المزالَ بالقَلْعِ من فوْقِ الحِجارَةِ مَكانه أي وإنْ لم تستوِ **(ولا أُجرَةَ للمُشتري مُدَّةَ القَلْعِ)** والتفريغِ **(وإنْ طالَتْ)** (٣) ولو كان ذلك بعدَ القبضِ لِعِلْمِه بالحالِ فجَعل زَمَنَ قَلْعِها مُستثنًى ، وظاهرٌ أنَّه لا أرشَ له أيضًا لِذلك **(كما لو اشترَى دارًا فيها أقمِشَةٌ يعلمُها)** فلا أُجرَةَ له مُدَّةَ نَقلِها وإنْ طالَتْ **(وإنْ كان جاهلا ، والحِجارَةُ لا تضُرُّ)** المشتري **(تركًا ولا نَقلا)** بأنْ قَصُرَ زَمَنُ القَلْعِ والتسويةِ بحَيثُ لا يكونُ له أُجرَةٌ ولم تنقُص الأرضُ بها **(فلا خيارَ للمُشتري)** لانتِفاءِ الضَّرَرِ ، وكذا لو ضَرَّ تركُها وقَصُرَ زَمَنُ القَلْعِ (٤) كما يُؤْخَذُ من كلامِه على البَذرِ ، وصرَّحَ به الأصلُ هنا **(وللبائعِ النَّقلُ)** وإنْ لم يأذَنْ فيه المشتري وعليه التسويةُ **(وللمُشتري إجبارُه عليه)** وقولُه من زيادَتِه **(و)** له عليه **(أُجرَةُ)** مِثلِ **(مُدَّةِ النَّقلِ)** إنْ كان **(بعدَ القبضِ (٥))** سَهوٌ (٦)) لأنَّ الفرضَ أنَّه لم تمضِ مُدَّةٌ لِمثلِها أُجرَةٌ **(وله الخيارُ إنْ كان القَلْعُ يضُرُّها (٧))** ذِكرُ الضَّميرِ من زيادَتِه ،

---

(١) (قوله : نَبَّهَ عليه الزَّركَشيُّ) هذا مُصَرَّحٌ به في الرَّوضَةِ وأصلِها وسَيأتي في كلامِ المُصَنِّفِ .

(٢) (قوله : وعلى تسويةِ حُفرِ الأرضِ إلخ) لأنَّه أحدَثَ الحفرَ لِتخليصِ الحِجارَةِ .

(٣) (قوله : فلا أُجرَةَ له مُدَّةَ نَقلِها وإنْ طالَتْ) قال البُلقينيُّ لو كانت الأمتعَةُ لِغيرِ البائعِ إمَّا بإعارَةٍ منه أو بنحوِ ذلك أو بغَصْبٍ فإنَّ المُشتري يستحِقُّ على الأجنَبيِّ الأُجرَةَ كذلك لِلبائعِ ثم باعَها بعدَ البيعِ فإنَّ الأُجرَةَ تجِبُ على المُشتري .

(٤) (قوله : وكذا لو ضَرَّ تركُها وقَصُرَ زَمَنُ القلعِ) لأنَّ بالقلعِ يزولُ الضَّرَرُ كما لو اشترَى دارًا فلَحِقَ سَقفَها خَلَلٌ يسيرٌ قبلَ القبضِ يُمكِنُ تدارُكُه في الحالِ أو كانت مُفسِدَةَ البالوعَةِ فقال البائعُ أنا أُصلِحُها أو اشترَى مَغصوبًا وهو قادِرٌ على انتزاعِه .

(٥) (قوله : وله أُجرَةُ مُدَّةِ النقلِ بعدَ القبضِ) لِتفويتِه مَنفعَةَ تلك المُدَّةِ ويشكُلُ الفرقُ بينه وبين الزَّرعِ فإنْ قِيلَ الزَّرعُ يجِبُ إبقاؤُه والحِجارَةُ لا يجِبُ قُلنا مُدَّةُ تفريغِ الحِجارَةِ كمُدَّةِ تفريغِ الزَّرعِ قاله السُّبكيُّ يُجابُ بأنَّ زَرعَ الأرضِ لَمَّا كان كالضَّروريِّ اقتضَى أنْ لا غُرمَ بسَبَب تفريغِ الأرضِ منه بخِلافِ دَفْنِ الحِجارَةِ .

(٦) (قوله : سَهوٌ) ليس بسَهوٍ لأنَّ قوله إنْ كان القلعُ يضُرُّها قَيدٌ لِهذه المسألَةِ ولِلَّتي بعدَها . ز .

(٧) (قوله : وله الخيارُ إنْ كان القلعُ يضُرُّها) بأنْ نَقَصَ قِيمَتَها أو مَنفعَتَها بأنِ أُحتيجَ إلى مُضيِّ مُدَّةٍ لِمثلِها أُجرَةٌ .

والأولى حَذفُه أو تذكيرُه [١] ، لأنَّ الغرَضَ أنَّ له الخيارَ إنْ ضرَّه القَلْعُ سواءٌ أضرَّ الأرضَ بأنْ نَقَصَ قيمَتها أم لا ، بأنْ مَضَتْ مُدَّةٌ لِمِثلِها أُجرَةٌ فإنْ أجازَ فله الأُجْرَةُ . والأرْشُ إنْ كان النَّقلُ بعدَ القبضِ كما سَيأتي **(ولا يسقُطُ)** خيارُه **(بقولِ البائِعِ أنا أغرَمُ لَكَ الأُجْرَةَ والأرْشَ)** للمِنَّةِ .

(فلو ترَكَ له الحِجارَةَ - وتركُها لا يضُرُّ) المشتري **(سَقَطَ خيارُه)** وإنْ كان في ذلك مِنَّةٌ وتُفارِقُ ما قبلها بأنَّ المِنَّةَ فيها حَصَلَتْ بما هو مُتَّصِلٌ بالبيعِ يُشبه جُزأه بخِلافِها في تِلْك فإنْ ضَرَّ تركُها فسَيأتي **(وهذا التركُ إعراضٌ [٢])** لِقَطعِ الخُصومَةِ **(لا تمليكٌ)** للمُشتري **(فله)** أي للبائِعِ **(الرُّجوعُ فيه)** أي فيما ترَكَه من الأحجارِ وعِبارَةُ الأصلِ فيها **(ويعودُ برُجوعِه)** فيها **(خيارُ المشتري ، فلو وهبَها لـه بشُروطِ الهبَةِ حَصَلَ المِلْكُ)** فيها للمُشتري **(ولا رُجوعَ)** للبائِعِ أو بغيرِ شُروطِها فالظَّاهرُ أنَّه إعراضٌ كالتركِ بناءً على أنَّه إذا بَطَلَ الخُصوصُ بَقِي العُمُومُ ، والتصريحُ بعَدَمِ الرُّجوعِ من زيادَتِه وهو ساقِطٌ من بعضِ النُّسَخِ .

(وإنْ كان التركُ والقَلْعُ مُضِرَّيْنِ فللمُشتري الخيارُ سواءٌ جَهِلَ الأحجارَ أو) الأولى أم **(ضَرَرَها [٣])** في / الشِّقِّ الثَّاني المقتضي لِعِلْمِه بالأحجارِ تسمُّحٌ وإنْ كان ٩٩/٢
الحُكمُ صَحيحًا ، لأنَّ الكلامَ فيما إذا كان جاهلا بها وشَمِلَ كلامُه فيه ما لو جَهِلَ ضَرَرَ قَلْعِها دون ضَرَرِ تركِها وعَكسَه ، وعِبارَةُ الشيخينِ مُخْرِجَةٌ للعَكسِ فإنَّهما قَيَّدا بضَرَرِ القَلْعِ واستدرَكه النَّشائِيُّ والإسنَويُّ عليهما بأنَّ مُقتضَى كلامِهما عَدَمُ ثُبوتِ الخيارِ فيه ، ومُقتضَى كلامِ غيرِهما ثُبوتُه لأنَّه قد يطمَعُ في أنَّ البائِعَ يترُكُها له فحَذَفَ المصنفُ التقييدَ ليُوافِقَ كلامَ غيرِهما والأوجَه ما اقتضاه كلامُهما [٤] إذ لا يصلُحُ طَمَعُه في تركِها عِلَّةً لِثُبوتِ الخيارِ ، ولا يُقاسُ ثُبوتُه على ثُبوتِه فيما ضَرَّ تركُها دون قَلْعِها كما مَرَّ لأنَّه ثَمَّ جاهلٌ بها وهنا عالِمٌ بها .

(ولو قال البائِعُ : لا تفسَخ وأغرَمُ لَك أُجرَةَ) مِثلِ **(مُدَّةِ النَّقلِ لم يسقُط خيارُه)** كما لو قال البائِعُ لا تفسَخ بالعيبِ لأغرَمَ لَك الأرْشَ وكذا لو ترَك له الأحجارَ

---

(١) (قوله : أو تذكيرُه) هو كذلك في بعضِ النُّسَخ .
(٢) (قوله : وهذا التركُ إعراضٌ) قال شيخُنا فينْتفِعُ به كالإباحةِ بلا بَيْعٍ ونحوِه .
(٣) (قوله : أو ضَرَرُها) في بعضِ النُّسَخ ضَرَرُ قَلعِها .
(٤) (قوله : والأوجَه ما اقتضاه كلامُهما) أشارَ إلى تصحيحِه .

لأنَّ بَقاءَها مُضِرٌّ كما شَمِلَه صَدرُ كلامِه وأفهَمَه قولُه فيما مَرَّ وتركُها لا يضُرُّ وصرّحَ به الأصلُ هنا (فإنْ أجازَ المشتري) حَيثُ ثبَت له الخيارُ (لَزِمَ البائعَ التفريغُ والتسويةُ [(١)]) سواءٌ أفرَغَ قبلَ القبضِ أم بعدَه (و) لَزِمَه (أُجرَةُ) مِثلِ (مُدَّةِ النَّقلِ) أيِ التفريغِ (وأرشُ عَيبٍ إنْ كان) أي وُجِدَ بعدَ التسويةِ وكان ذلك (بعدَ القبضِ) لِتفويتِه مَنفعَةَ تِلْك المدَّةِ (لا قبلَه) لِما مَرَّ أنَّ جِنايةَ البائعِ [(٢)] حينَئِذٍ كالآفةِ ولا يخفى أنَّ مُدَّةَ تفريغِ الأرضِ من الزَّرعِ كمُدَّةِ تفريغِها من الحِجارَةِ في وُجوبِ الأُجرَةِ ، وإنْ لم يجِب لِمُدَّةِ بَقائِه كما مَرَّ [(٣)] ، هذا كُلُّه إذا كانتِ الأرضُ بيضاءَ أو كان فيها غِراسٌ عِندَ البيعِ وبِيعَ معها .

(فإنْ أحدَثَ) فيها (المشتري غرسًا وهو جاهلٌ) بالأحجارِ (ثُم عَلِمَ) بها (فله المطالَبَةُ بالقَلعِ) تفريغًا لِمِلكِه ، والتصريحُ بهذا من زيادَتِه مع أنَّه لا يختصُّ بحالَةِ الجهلِ (ويضمَنُ البائعُ نَقصًا حدَثَ به) أي بالقَلعِ (في الغِراسِ ولا خيارَ له) أي للمُشتري (إنِ اختصَّ النَّقصُ) المذكُورُ (بالغِراسِ) ؛ لأنَّ الضَّرَرَ راجعٌ إلى غيرِ المبيعِ ، ولأنَّ الغِراسَ عَيبٌ في الأرضِ البيضاءِ وقد حدَثَ عِندَه (فإنْ نَقَصَتِ الأرضُ) أيضًا (بالأحجارِ فله القَلعُ) للغِراسِ .

(والفسخُ إنْ لم يحصُلْ بالغرسِ وقَلعِه) أيِ المغروسِ (نَقصٌ) في الأرضِ

---

(١) (قوله : لَزِمَ البائعَ التفريغُ والتسويةُ) تكلَّمَ إمامُ الحرَمَيْنِ في أنَّ الأصحابَ لَم يوجِبوا على هادِمِ الجِدارِ إعادَته بل أوجَبوا تسويةَ الحفرِ على البائعِ والغاصِبِ وأجابَ عنه بأنَّ طَمَّ الحفرِ لا يكادُ يتفاوتُ وهَيْئاتُ الأبنيةِ تتفاوتُ فشَبَّهَ الطَّمَّ بذَواتِ الأمثالِ والجِدارَ بذَواتِ القِيمِ حتى لو وقَعَ لَبنَةٌ أو لَبنَتانِ من رَأسِ الجِدارِ وأمكَنَ الرَّدُّ من غيرِ خَلَلٍ في الهَيْئَةِ فهو كطَمِّ الحُفرَةِ وهذا الجوابُ لِلقاضي حُسَيْنٍ إلا أنَّه لَم يذكُر مع اللَّبنَةِ واللَّبنَتيْنِ قال الغزّيّ وهذا كُنت بَحَثته في قولِهم نَصَّ الشافِعِيُّ أنَّه يجِبُ على هادِمِ الجِدارِ إعادَتُه وقُلت يُحمَلُ على ما إذا أمكَنَ ذلك من غيرِ اختلافِ هَيْئَةٍ فلِلَّه الحمدُ .

(٢) (قوله : لا قبله لِما مَرَّ أنَّ جِنايةَ البائعِ إلخ) قال البُلقِينيُّ فلو باعَ البائعُ الأحجارَ لِغيرِه بحيثُ صحَّ البيعُ برُؤيَةٍ مُعتبَرَةٍ سابقَةٍ فهل حَلَّ المشتري مَحَلَّ البائعِ فلا تلزَمُه الأُجرَةُ إذا كان قبلَ القبضِ أو تلزَمُه الأُجرَةُ مُطلَقًا لأنَّه أجنَبِيٌّ عن البيعِ لَم أقِف فيه على نَقلٍ والأصحُّ الثاني واستشكَلَ السُّبكيُّ الفرقَ بينها وبين الزَّرعِ فإنْ قِيلَ الزَّرعُ يجِبُ إبقاؤُه والحِجارَةُ لا يجِبُ إبقاؤُها قُلنا مُدَّةُ تفريغِ الحِجارَةِ كمُدَّةِ تفريغِ الزَّرعِ . ا هـ . وقد تقدَّمَ الفرقُ بينهما وقولُه والأصحُّ الثاني أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وإنْ لَم تجِب لِمُدَّةِ بَقائِه كما مَرَّ) قد مَرَّ أنَّه لا أُجرَةَ لها أيضًا .

(وإلا) أي وإنْ حَصَلَ بذلك نَقصٌ فيها **(فهو عَيبٌ حدَثَ)** عِندَه **(يمنَعُ الردَّ ويُوجِبُ)** له **(الأرشَ ، وإنْ أحدَثَ الغرسَ عالِمًا بالأحجارِ فللبائعِ قلعُها ولا يضمَنُ أرشَ نَقصِ الغِراسِ ، ولو كان فوقَ الأحجارِ زرعٌ لأحدِهما تُرِك إلى)** أوانِ **(الحصادِ)** لأنَّ له أمَدًا يُنتظَرُ بخِلافِ الغِراسِ **(بلا أُجرَةٍ)** لِمُدَّةِ بَقائِه ، وإذا قَلَعَها البائعُ بعدَ الحصادِ فعليه تسويةُ الأرضِ كما صرّحَ به في الرَّوْضَةِ .

(اللفظُ الثاني : البُستانُ والباغُ) بمَعناه وهو أعجَميٌّ **(والكرمُ)** ومِثلُها الحديقَةُ والجُنَيْنَةُ **(فيدخُلُ فيه)** أي في كُلٍّ منها **(الأرضُ (١) والأشجارُ (٢) والحائطُ)** المحيطُ به **(وكذا بناءٌ فيه وعَريشُ قُضبانِه (٣))** أي عَريشٌ توضَعُ عليه قُضبانُ العِنَبِ (٤) وقيلَ لا يدخُلُ العريشُ ، والتصريحُ بالترجيحِ فيه من زيادَتِه ، وبه صرّحَ الرَّافعيُّ في الشرحِ الصَّغيرِ ، وكذا الغزاليُّ وابنُ الرِّفعَةِ ، ولو قال : هذِه الدّارُ البُستانُ دَخلَتِ الأبنيةُ والأشجارُ جَميعًا أو قال هذا الحائطُ البُستانُ أو هذِه المحوَّطَةُ دَخَلَ الحائطُ المحيطُ وما فيه من شَجَرٍ وبناءٍ ذَكرَ ذلك الأصلُ وحَذَفه المصنفُ للعِلمِ به مِمّا ذُكرَ .

(فرعٌ : اسمُ القَريةِ والدَّسكرَةِ) وتُقالُ لِقَصرٍ حَوْلَه بُيوتٌ وللقَريةِ وللأرضِ المستويةِ ولِلصَّومعةِ ولِبُيوتِ الأعاجِمِ يكونُ فيها الشرابُ والملاهي **(يدخُلُ فيه)** أي في اسمِهما **(السُّورُ وما فيه من الأبنيةِ (٥) والسَّاحاتِ)** بخِلافِ الخارِجَةِ عنه **(وكذا)**

---

(١) (قوله : فيدخُلُ فيه الأرضُ) إذا كانت مَملوكَةً لِلبائعِ .

(٢) (قوله : والأشجارُ الرَّطبةُ) وكَتبَ أيضًا في مَعنَى الشجَرِ أصلُ مالِه من أصلٍ ثابتٍ من النبات ولا يخفى أنَّ دُخولَ الأرضِ إذا كانت مَملوكَةً لِلبائعِ ودُخولَ الشجَرِ إذا كان مِمّا يُرادُ لِلبَقاءِ فإنْ لَم يكُنْ كاليابسِ فالظّاهرُ كما قاله في المطلَبِ عَدَمُ دُخولِه بخلافِ الحائطِ إذا هدِمَ وبَقِيَ أصلُه فإنَّه يندرِجُ حيثُ يندرِجُ الجِدارُ والفرقُ أنَّ البناءَ عليه مُمكِنٌ فهو مَقصودٌ لِلدَّوامِ ولو باعَ قوسًا ففي دُخولِ الوتَرِ وجهانِ أصحُّهما المنعُ قاله الرَّافِعِيُّ في كِتابِ الوصيَّةِ .

(٣) (قوله : وكذا بناءٌ فيه وعَريشُ قُضبانِه) لا يدخُلُ في بَيْعِه كُلُّ ما لا يدخُلُ في بَيْعِ الشجَرَةِ وما دَخَلَ في بَيْعِها دَخَلَ في بَيْعِه ولو شَرَطَ دُخولَ ما لا يدخُلُ عندَ الإطْلاقِ دَخَلَ أو خُروجَ ما يدخُلُ خَرَجَ .

(٤) (قوله : أيْ عَريشٍ يوضعُ عليه قُضبانُ العِنَبِ) وهو المُسمَّى في بلادِ مِصْرَ بالمُكعَّب .

(٥) (قوله : وما فيه من الأبنيةِ إلخ) قال السُّبكيُّ سَكَت الشيخانِ عَمّا إذا لَم يكُنْ لِلقَريةِ سورٌ وحُكمُه أنَّه يدخُلُ ما اختلَطَ ببُنْيانِها من الأراضي والسَّاحات والمساكِنِ وأبنيتها .

٢/١٠٠ تدخُلُ (الأشجارُ (١)) المغروسَةُ (فيها لا المـزارِعُ (٢)) والأشجارُ التي / (حَوْلها ولو قال) : بعتُكها (بحُقوقِها) ؛ لأنَّ العُرف لا يقتضي دُخولها ، ولهذا لا يحنَثُ مَنْ حَلَف لا يدخُلُ القَريةَ بدُخولها فإنْ لم يكنْ لها سورٌ دَخَلَ ما اختلَطَ ببنائِها من المساكِنِ والأبنيةِ كما يُعلمُ مِمَّا مَرَّ في صَلاةِ المسافِرِ وذِكرُ السُّورِ والتقييدُ بحَوْلها من زيادَتِه .

(اللفظُ الثّالِثُ : الدّارُ (٣) ويدخُلُ فيه الأرضُ (٤) والأبنيةُ) بأنواعِها حتّى الحمَّامِ المعدودِ من مَرافقِها وفي نُسخَةٍ زيادَةُ والحمَّامِ فهو من ذِكرِ الخاصِّ بعدَ العامِّ وحَمَلُوا قولَ الشافعيِّ لا يدخُلُ الحمَّامُ على حَمَّاماتِ الحِجازِ المنقولَةِ (٥) ، (وكذا) يدخُلُ (شَجَرٌ) مَغروسٌ (فيه) الأولى فيها (وما أُثبت) فيها (لِتتِمَّتِها) ليبقَى فيها (كالسَّقفِ والأبوابِ) المنصوبَةِ (والعلاقِ المثبَّتِ) (٦) عليها ونَحوُه من الحلَقِ والسَّلاسِلِ (وكذا ما أُثبت) فيها (وليس منها كالدِّنانِ) أي الخوابي (والإجَّاناتِ والرُّفوفِ (المثبَّتة والسَّلالمِ المسمَّرَةِ) أو المطَيَّنَةِ والأوتادِ المثبَّتةِ في الأرضِ أو الجِدارِ (والأسفلِ) المثبَّتِ (من الرَّحَى بأعلاه) أي معه (وقدرُ الحمَّامِ) وخَشَب القَصَّارِ ومِعجَنِ الخبَّازِ لِثَباتِها فيها فصارَتْ مَعدودَةً من أجزائِها (لا المنقولاتِ كالسَّريرِ (٧) والدّلْوِ والبَكَرَةِ) بإسكانِ الكافِ أشهَرُ من فتحِها (والدفائِنِ) والرُّفوفِ الموضوعَةِ

---

(١) (قوله : وكذا الأشجارُ فيها) وحَريمُها .

(٢) (قوله : لا المزارِعُ) قال البنْدَنيجيُّ إذا قال بعتُك القريةَ بأرضِها دَخَلَت المزارِعُ .

(٣) (قوله : اللّفظُ الثالِثُ الدّارُ) والبيتُ والخانُ والدُّكّانُ والحمَّامُ والرَّحَى وشِبهها .

(٤) (قوله : يدخُلُ فيه الأرضُ إلخ) إذا كانت مَملوكَةً لِلبائِعِ فإنْ لَم تكُنْ كالمُحتكَرَةِ والموقوفةِ لَمتدخل ويثبُتُ لِلمُشتري الخيارُ إذا كان جاهلا كذا قاله بعضُ الشُّرَّاحِ وهو ظاهرٌ وكَتبَ أيضًا قال الجلالُ البُلقِينيُّ : لو بَنَى على ساباطٍ رِواقًا ثم قال لِشَخصٍ بعتُك الرِّواقَ فهل يدخُلُ السَّاباطُ في البيع كما تدخُلُ الأرضُ في بَيْعِ الدّارِ لأنَّه قَرارُ الرِّواقِ لَم أرَ مَن ذكرَ ذلك وقد وقَعَتْ هذه المسألَةُ والظَّاهرُ الدُّخولُ . ا هـ . لا يدخُلُ قَطعًا والفرقُ بينهما واضِحٌ ولو اتَّصَلَ بها ساباطٌ على حائِطِها ففي دُخولِه أوجُه ثالِثُها إنْ كانتْ جُذوعُه من الطَّرَفيْنِ على حائِطِها دَخَلَ وإلا فلا .

(٥) (قوله : على حَمَّامات الحجَّارِ المنقولَةِ) بخلافِ المُثبَّتةِ وإن كانت من خَشَبٍ .

(٦) (قوله : والمِغلاقُ المُثبَّتُ) في بعضِ النُّسخِ المُعتمَدَةِ لِمِفتاحِه .

(٧) (قوله : لا المنقولاتُ كالسَّريرِ إلخ) هل يُخَيَّرُ المُشتري إنْ جَهِلَ كونَها في الدّارِ واحتاجَ نَقلُها لِمُدَّةٍ لها أُجرَةٌ وجهانِ أصحُّهما ثُبوتُه له .

على الأوتادِ والسَّلالِمِ التي لم تُسمَّر ولم تُطيَّنْ (وتدخُلُ ألواحُ الدّكاكينِ) ومِفتاحُ المِغلاقِ المثبَّتِ ، وكُلُّ مُنفصِلٍ يتوقَّفُ عليه نفعُ مُتَّصِلٍ كرأسِ التنُّورِ وصُندوقِ البئرِ والطَّاحونِ وآلاتِ السَّفينَةِ .

(فرعٌ : لا يدخُلُ) في بيعِ الدّارِ ونَحوِها إذا كان بها بئرُ ماءٍ (ماءُ البئرِ الحاصِلِ) حالَةَ البيعِ كالثَمَرَةِ المؤبَّرَةِ وماءِ الصِّهريجِ [1] (فلو لم يشرِطه) أي دُخوله في العقدِ (فسَدَ العقدُ لاختِلاطِه بالحادِثِ) فلا يصِحُّ بيعُه وحدَه ولا بُدَّ من شرطِ دُخولِه ليصِحَّ البيعُ [2] (ويدخُلُ) في بيعِ ذلك (المعادِنُ الباطِنَةُ كالذّهَبِ والفِضَّةِ لا الظَّاهِرَةُ كالمِلحِ والنُّورَةِ والكِبريتِ وهي) أي الظَّاهِرَةُ (كالماءِ) الحاصِلِ في أنَّه لا يصِحُّ بيعُ ما ذُكِرَ ، ولا تدخُلُ هي فيه إلا بشرطِ دُخولِها (ويدخُلُ في بيعِ الدّارِ) وإنْ لم يقُل بحُقوقِها (حَريمُها [3] بشَجَرِه) المغروسِ فيه (إنْ كانتْ) أي الدّارُ (في شارِعٍ لا ينفُذُ) بالمعجَمَةِ وإلا فلا يدخُلانِ وكالدّارِ القَريةُ ونَحوُها ولو عَبَّرَ كأصلِه بالطَّريقِ كان أولى لأنَّه قد يكونُ نافِذًا وقد لا يكونُ والشارِعُ لا يكونُ إلا نافِذًا .

(اللفظُ الرَّابعُ : الحيواناتُ) الشامِلَةُ للعبدِ ولِغيرِه فتعبيرُه بها أعَمُّ من تعبيرِ الأصلِ بالعبدِ (فالعبدُ) وفي نُسخَةٍ والعبدُ (لا يملِكُ) شَيئًا وإنْ مَلَّكه سَيِّدُه كما لا يملِكُ بالإرثِ ولأنَّه مَملُوكٌ فأشبَهَ البَهيمَةَ ، وأمَّا خَبَرُ «مَن باعَ عبدًا وله مالٌ فمالُه للبائِعِ إلا أنْ يشترِطَ المبتاعُ» [4] فأُجيبَ عنه بأنَّ الإضافةَ فيه لِلاختِصاصِ لا للمِلْكِ [5] (فإنْ باعَه وما في يدِه) من المالِ وإنْ مَلَّكه له (لَزِمَ في المالِ شُروطُ

---

(١) (قوله : وماءُ الصِّهريجِ) قال شيخُنا جَعل ماءَ الصِّهريجِ مُشبَّهًا به من حيثُ إنَّه لا يدخُلُ ماؤُه إلا بالتنصيصِ عليه لا أنَّ مُرادَه أنَّ الصِّحَّةَ تتوقَّفُ على التعرُّضِ لِدُخولِه كالبئرِ .

(٢) (قوله : ولا بُدَّ من شرطِ دُخولِه ليصِحَّ البيعُ) قال في الأنوارِ قال المتولِّي ولو كان الماءُ في البلَدِ بحيثُ لو قَصَدَ أنْ يستقِي من بئرِ غيرِه لا يُمنَعُ فلا نَجْعَلُ لِلماءِ حُكمًا ويدخُلُ في البيعِ تبعًا وعلى هذا نَزَلَ قولُهم لو باعَ دارًا بدارٍ فيهما بئرانِ صحَّ البيعُ .

(٣) (قوله : ويدخُلُ في بَيْعِ الدَّارِ حَريمُها) أي الذي يستحِقُّه من السِّكَّةِ المُنسَدَّةِ الأسفلِ وما ذكَرَه في إحياءِ المواتِ من أنَّ الدَّارَ المحفوفةَ بالمساكِنِ لا حَريمَ لها أرادَ به غيرَ الحريمِ المُستحَقِّ .

(٤) رواه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يمون له مَمَرّ أو شِرْب في حائط .... حديث (٢٣٧٩) ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر ، حديث (١٥٤٣) .

(٥) (قوله : لِلاختصاصِ لا لِلمِلكِ) وإلا لَنَفاه جَعله لِسَيِّدِه .

المبيعِ من نفيِ الجهالَةِ والرِّبا) وغيرِهما ؛ لأنَّه مَبيعٌ كالعبدِ وعِبارَةُ الأصلِ اعتُبِرَ في المالِ شُروطُ المبيعِ حتّى لو كانَ مجهولا أو غائِبًا أو دَيْنًا والثَّمَنُ دَيْنٌ أو ذَهَبًا والثَّمَنُ ذَهَبٌ لم يصِحَّ (ويدخُلُ) في بيعِ ناقَةٍ ودابَّةٍ وفي نُسخَةٍ ويدخُلُ فيه (بَرَّةُ النَّاقَةِ) وهي حَلَقَةٌ تُجْعَلُ في أنفِها (ونَعلُ الدّابَّةِ إنْ لم يكونا ذَهَبًا (١)) أو فِضَّةً وإلا فلا يدخُلانِ للعُرفِ فيهما ولِحُرمَةِ استِعمالِهما حينَئِذٍ ، والتصريحُ بذِكرِ الشرطِ في النَّعلِ من زيادَتِه (لا العذارُ) والمِقودُ (والسَّرجُ) واللِّجامُ فلا يدخُلُ في بيعِ الدّابَّةِ اقتِصارًا على مُقتضَى اللفظِ (ولا) تدخُلُ (ثيابُ العبدِ) في بيعِه ولو كانتْ ساتِرَةَ العورَةِ لِذلك ، والأمَةُ كالعبدِ كما في شرحِ مُسلِمٍ ومِثلُهما الخُنثَى .

(اللفظُ الخامِسُ : الشجَرُ وتدخُلُ فيه الأغصانُ الرَّطبَةُ) ؛ لأنَّها تُعَدُّ من أجزائِه بخِلافِ اليابسَةِ إذا كان الشجَرُ رَطبًا ؛ لأنَّ العادَةَ فيه القَطعُ كالثَّمَرَةِ وشَمِلَ كلامُهم أغصانَ شَجَرِ الخِلافِ ، وبه صرَّحَ الإمامُ في مَوْضِعٍ وصرّحَ به آخَرُ بأنَّها لا
٢/١٠١ تدخُلُ ؛ لأنَّها تُقصَدُ للقَطعِ كالثَّمَرَةِ ، وجُمع بينهما بما قاله القاضي (٢) : / إنَّ الخِلاف نَوعانِ ما يُقطَعُ من أصلِه فتدخُلُ أغصانُه وما يُترَكُ ساقُه وتُؤخَذُ أغصانُه فلا تدخُلُ (و) تدخُلُ فيه (الأوراقُ ولو من فِرصادٍ وسِدرٍ وحِنّاءٍ) الترجيحُ في ورَقِ الحِنّاءِ من زيادَتِه ولا ترجيحَ فيه في الرَّوْضَةِ بل قال الزَّركشيُّ : الأقربُ عدَمُ الدُّخولِ وبه جَزَمَ الماورديُّ والرُّويانيُّ (٣) وصحّحه ابنُ الرِّفعَةِ إذ لا ثَمَرَةَ له غيرُ الورَقِ قال القَموليّ : ومِثلُه ورَقُ النِّيلَةِ .

(و) تدخُلُ أيضًا (الكِمامُ) بكسرِ الكافِ وهي أوعيةُ الطَّلْعِ وغيرِه ولو كان ثَمَرُها

---

(١) (قوله : إنْ لَم يكونا ذَهَبًا إلخ) قال في الخادِمِ والمعنَى في استِثناءِ ذلك أنَّ استعماله حَرامٌ وما حَرُمَ استعمالُه لا يَتبَعُوبه يظهَرُ أنَّ الاستِثناءَ لا يختَصُّ بالبرَّةِ بل النعلُ كذلك وكُنّا لو اتَّخَذَ لِلعبدِ حُليًا يحرُمُ استعمالُه كالطَّوقِ والدُّمجِ لا يدخُلُ وكذا لو حَلَّى الشاةَ بالذَّهَبِ والفِضَّةِ وباعَها فإنَّ تحليتَها حَرامٌ كما قاله الدّارِميُّ وغيرُه .

(٢) (قولُه وجمع بينهما بما قاله القاضي إلخ) هذا التفصيلُ أشارَ إليه في أصلِ الرَّوضَةِ في الكلامِ على ما يدخُلُ في بَيْعِ الأرضِ فقال ولو كان في الأرضِ أشجارُ خلافٍ تُقطَعُ من وجه الأرضِ فهي كالقصَبِ .

(٣) (قوله : وبه جَزَمَ الماورديُّ والرُّويانيُّ) قال في الأنوارِ الأوَّلُ أن لا يكونَ لها ثَمَرٌ ولا وردٌ كالخلافِ وشِبهِه فإذا باعَها مُطلَقًا دَخلَت الأوراقُ في البيعِ ولو كان فِرصادًا أو نبقًا ا هـ وجَزَمَ الماورديُّ بعَدَمِ دُخولِ ورَقِ التُّوتِ ورَجَّحه الرُّويانيُّ فلا يُستدَلُّ بكلامِهما على ترجيحِ عَدَمِ دُخولِ ورَقِ الحِنّاءِ .

مُؤَبَّرًا ؛ لأنَّها تبقَى ببَقاءِ الأغْصانِ ومِثلُها العُرجونُ فيما يظْهَرُ خِلافًا لِمَن قال إنه لِمَن له الثَّمَرَةُ (١) (والعُروقُ) إنْ لم يشرط قَطعَ الشجَرِ .

(ويجوزُ بيعُ الأشجارِ بشرطِ القَطعِ ولا يدخُلُ) فيها حينَئِذٍ (العُروقُ) بل تُقطَعُ عن وجه الأرضِ (بخِلافِ شرطِ القَلْعِ) لها أو الإطلاقِ فإنَّه يدخُلُ فيها العُروقُ (وإنْ أطلَقَ) بأن لم يشرِط قَطعًا ولا قَلْعًا ولا إبقاءً (وجَبَ إبقاءُ الشجَرِ الرَّطب) لا اليابسِ بل يلزَمُ المشتريَ تفريغُ الأرضِ منه(٢) للعَادةِ في ذلك وإنْ شرَطَ قَطعًا أو قَلْعًا أو إبقاءً اتُّبِعَ الشرطَ ، وقولُه من زيادَتِه (فقط) تأكيدٌ للرُّطَب (والمغرِسُ) بكسرِ الرَّاءِ وهو محَلُّ غَرسِ الشجَرِ (لا يتْبَعُ الشجَرَ في بيعِه و) لا في (استِثنائِه) من الأرضِ المبيعَةِ ؛ لأنَّ اسمَ الشجَرِ لا يتناولُه (لكنْ يجِبُ) على مالِكِه (إبقاؤُها) (٣) فيه بحُكمِ استِنْباعِ المنفعَةِ (٤) لا على سَبيلِ المِلْكِ فلو انقلَعَتْ أو قُلِعَتْ (٥) لم يكنْ لمِالِكِها أنْ يغرِسَ فيه بَدَلها (ولو بَذلَ مالِكُه أرشَ القَطع) لمِالِكِها وأرادَ قَطعَها فإنَّه يجِبُ عليه إبقاؤُها ، ولا يجوزُ له قَطعُها ، وعِبارَةُ الأصلِ القَلْعُ وهي أولى .

(وإنْ شرَطَ إبقاءَ اليابسَةِ بطَلَ البيعُ) كما لو اشترَى ثَمَرَةً مُؤَبَّرَةً (٦) وشرَطَ

---

(١) (قوله : خلافًا لِمَن قال أنَّه لِمَن له الثمَرَةُ) قال البُلقِينيُّ الظَّاهرُ أنَّه لِمَن له الثمَرَةُ ا هـ يُحْمَلُ هذا على ما إذا جرَت العادَةُ بقَطعِه مع الثمَرَةِ والأوَّلُ على غيرِه .

(٢) (قوله : بل يلزَمُ المشتري تفريغُ الأرضِ منه إلخ) لو لم يُفرِّغْها لزِمَتْه الأُجرَةُ إذا قَصَّرَ في ذلك .

(٣) (قوله : لكنْ يجِبُ على مالِكِه إبقاؤُها) لو تفرَّخَتْ منها شَجَرَةٌ أُخرَى فهل يُستحَقُّ إبقاؤُها كالمتجَدِّدِ من عُروقِ الأصلِ وغِلَظِها أم لا لِحُدوثِها أم يُفرَّقُ بين ما تجْري العادَةُ باستخلافِه وما لَم تجْرِ به قال بعضُهم فيه احتمالاتٌ والأوَّلُ أظهَرُ كذا في المطلَب بَقِي احتمالٌ رابعٌ وهو إبقاؤُها مُدَّةَ بَقاءِ الأصلِ فإذا زالَ أُزيلَتْ ثم قال في المطلَب ما يُعلَمُ استخلافُه كالموزِ فلا شَكَّ في وُجوب بَقائِه .

(٤) (قوله : بحُكمِ استنْباعِ المنفعَةِ إلخ) فلا أُجرَةَ له في مُدَّةِ بَقائِها .

(٥) (قوله : فلو انقلَعَتْ أو قُلِعَتْ لَم يكُنْ إلخ) قال في المطلَب ومِمَّا تعُمُّ به البلوى ولَم أرَه مَنقولا أنْ يبيعَ الشجَرَ أو البناءَ والأرضُ في إجارَتِه ولَم تنقَضِ المُدَّةُ وعَلِمَ المُشتري بذلك فهل نَقولُ يستحِقُّ الإبقاءَ بَقِيَّةَ المُدَّةِ بالأُجرَةِ وهو الأشبَه وعليه العمَلُ أو مجَّانًا كالمملوكَةِ قال فلو كانت الأرضُ موصًى بمَنفعَتِها فيُشبه أنَّها كالمملوكَةِ لأنَّ المنفعَةَ مِلكُه دائمًا تورَثُ عنه وأقولُ بل الأشبَه أنَّ المُؤَجَّرَةَ والموصَى بمَنفعَتِها مُدَّةً مُعَيَّنَةً كذلك تلك المُدَّةُ ش وقولُه وهو الأشبَه أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : كما لو اشترَى ثَمَرَةً مُؤَبَّرَةً) أي بعدَ بُدوِّ صَلاحِها ز .

عَدَمَ قَطعِها عِندَ الجُذاذِ ، قال الأذرَعيُّ : وغيرُه ومَحَلُّه إذا لم يكن له في إبقائِها غَرَضٌ مَقصودٌ وإلا بأنْ كانتْ مُجاوِرَةً لأرضِه وقَصَدَ أن يضَعَ عليها جِذعًا أو بناءً أو نَحوه كعَريشٍ فيُظهرُ الصِّحَّةَ كالجِدارِ [١] .

(فصلٌ : أمَّا ثَمَرُ المبيعِ) وهو المقصودُ منه ولو مَشمُومًا كالوردِ (فيتْبعُ فيه الشرطَ) من كونِه للبائعِ أو للمُشتري أو الظَّاهرُ للبائعِ [٢] وغيرُه للمُشتري أو بالعكسِ إلا أنَّ غيرَه في العكسِ إذا لم ينعَقِد لا يصِحُّ شرطُه للبائعِ (و) أمَّا (عِندَ الإطلاقِ) فقُلْ (أبّر النَّخلَ) يعني شُقَّ طَلْعه (أو تشقَّقَ) بنفسِه (ولو) كان النَّخلُ المذكُورُ (فُحَّالُه) بضَمِّ الفاءِ وتشديدِ الحاءِ أي ذُكُورُ النَّخـلِ المبيعِ (أو بَـرَزَتْ ثَمَرَةُ العِنَبِ والتِينِ ونَحوِه) أي نَحو كُلٍّ منهما (أو تفتَّحَ كِمَامُ الوردِ أو تناثَرَ نُورٌ) أي زَهرٌ (نَحو رُمَّانٍ ومِشمِشٍ انعَقَدَ أو ظَهَرَ ياسِمِينَ) بكسرِ السِّين ونَحوه (فللبائعِ [٣] وإنْ كان قبلَ ذلك فللمُشتري [٤])) والأصلُ في ذلك خَبَرُ الصَّحيحَينِ : «مَنْ باعَ نَخلا قد أُبِّرَتْ فثَمَرَتُها للبائعِ إلا أن يشترِطَ المبتاعُ» [٥] مَفهومُه أنَّها إذا لم تُؤَبَّر تكونُ الثَّمَرَةُ للمُشتري إلا أن يشرِطَها البائعُ وكونُها في الأولِ صادِقٌ بأن تشرِطَه له أو يسكُت عن ذلك ، وكونُها في الثَّاني للمُشتري صادِقٌ بذلك ، وأُلحِقَ بالنَّخلِ سائرُ الثِّمارِ وبتأبيرِ كُلِّها تأبيرُ بعضِها بتبعيَّةِ غيرِ المؤبَّرِ للمُؤبَّرِ لِما في تتَبعُ من العُسرِ .

١٠٢/٢ والتأبيرُ - ويُقال له التلقيحُ - تشقيقُ طَلْعِ الإناثِ وذرُّ طَلْعِ الذُّكُورِ / فيه

(١) (قوله : فتظهَرُ الصِّحَّةُ كالجِدارِ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وهو واضِحٌ .
(٢) (قولُه أو الظَّاهرُ لِلبائعِ إلخ) وإذا شُرِطَتْ لِلبائعِ وهي غيرُ مُؤَبَّرَةٍ لَم يُشترَطْ شرطُ القلعِ لأنَّها غيرُ مَبيعَةٍ وقِيلَ نَعَم كما لو اشتراها فإن قِيلَ لو باعَ حامِلا واستثنَى حَملها لِنفسِه فإنَّه يبطُلُ البيعُ وكذا لو باعَ دارًا واستثنَى مَنفعَتها لِنفسِه شَهرًا في الأصحِّ والفرقُ أنَّ الحملَ لا يُفرَدُ بالبيعِ وبجَوازِ إفرادِ غيرِ المؤَبَّرَةِ كما إذا باعَ الطَّلعَ في قِشرِه وهو مَقطوعٌ أو على النخلِ في الأصحِّ وأمَّا المنفعَةُ فلأنَّه يلزَمُ من استثنائِها خُلوُّ المبيعِ عن المنفعَةِ بالكُلِّيَّةِ في مُدَّةِ الاستثناءِ ولو باعَ نَخلَةً عليها مُؤَبَّرَةً فهي لِلبائعِ فلو حدَثَ طَلعٌ جَديدٌ في تلك السَّنَةِ فالأصحُّ أنَّه لِلبائعِ مع أنَّه لو استثنَى ذلك لَفظًا لَم يصِحَّ .
(٣) (قوله : فلِلبائعِ) فإنْ جَهِلَ المُشتري حُصولَ ما ذكرَ خُيِّرَ .
(٤) (قوله : وإن كان قبلَ ذلك فلِلمُشتري) هذا التفصيلُ لا يختصُّ بالبيعِ بل يجري في عُقودِ المعاوضَةِ كما قاله ابنُ الصَّباغِ وغيرُه كأنْ يجعل النخلَ صَداقًا أو أُجرَةً أو عن صُلحٍ ولا يُتبَعُ في الرُّجوعِ بالطَّلاقِ .
(٥) سبق تخريجه .

ليجيءَ رَطبُها أجودَ مِمَّا لم يُؤَبَّر والعادَةُ الاكتِفاءُ بتأبيرِ البعضِ والباقي يتشقَّقُ بنفسِه ، وينبَثُّ ريحُ الذُّكُورِ إليه ، وقد لا يُؤَبَّرُ شيءٌ ويتشَقَّقُ الكُلُّ والحُكمُ فيه كالمؤَبَّرِ اعتِبارًا بظُهورِ المقصودِ ، وطَلْعُ الذُّكُورِ يتشقَّقُ بنفسِه ولا يُشَقَّقُ غالِبًا **(ولا يُعتبَرُ تشَقُّقُ القِشرِ الأعلى من نحوِ الجوزِ)** بل هو للبائِعِ مُطلَقًا لاستِتارِه بما هو من صَلاحِه ولأنَّه لا يظهَرُ بتشَقُّقِ الأعلى عنه **(وإنْ أُبِّرَتْ نَخلَةٌ ولو ذَكرًا)** أو في طَلعٍ واحِدٍ **(تبعَها في الحُكمِ جَميعُ الثَّمَرَةِ الحادِثَةِ)** تأبيرًا وإطلاعًا إذ في إفرادِ كُلٍّ بحُكمٍ عُسرٌ أو ضَرَرُ مُشارَكَةٍ ولأنَّه من ثَمَرَةِ العامِ [1] ولم يعكِس لأنَّ الباطِنَ سائِرٌ إلى الظُّهورِ وكما يتبَعُ باطِنَ الصُّبرَةِ [2] ظاهِرَها في الرُّؤيةِ .

هذا **(إن اتَّحدَ)** في المؤَبَّرِ وغيرِه **(بُستانٌ وعَقدٌ وجِنسٌ [3])** فإن اختلَفَ شيءٌ منها بأن اشترَى في عَقدِ نَخلِ بُستانَينِ ولو مُتلاصِقَينِ أو نَخلا وعِنبًا أو في عَقدَينِ نَخلا المؤَبَّرُ من ذلك في أحدِهما وغيرُه في الآخِرَةِ فلا تبعيَّةَ لانقِطاعِها واختِلافِ زَمَنِ التأبيرِ وانتِفاءِ عُسرِ الإفرادِ وضَرَرِ المشارَكةِ باختِلافِ ذلك بخِلافِ اختِلافِ النَّوعِ لا يُؤَثِّرُ ، وعُلِمَ من كلامِه أنَّه لو باعَ نَخلَةً وبَقِي ثَمَرُها له ثُم خرج طَلْعٌ آخَرُ كان للبائِعِ ، وبه صرَّحَ الأصلُ قال : لأنَّه من ثَمَرَةِ العامِ **(وتشَقُّق جوزِ عُطبٍ)** بضَمِّ أولِه مع إسكانِ ثانيه وضَمِّه أي قُطنٍ كما في نُسخَةٍ **(يبقَى)** أصلُه **(سِنينَ)** أي سَنَتَينِ فأكثَرَ **(لا تشَقُّقُ وردٍ كتأبيرِ النَّخلِ)** فيتبَعُ المستتِرُ غيرَه إن اتَّحدَ فيهما ما ذُكرَ بخِلافِ تشَقُّقِ الوردِ ؛ لأنَّ ما يظهَرُ منه يُجنَى في الحالِ فلا يخافُ اختِلاطَه نَقَلَه الأصلُ عن التهذيب والذي في التنبيه وأقرَّه عليه النَّوويُّ في تصحيحِه أنَّ الجميعَ للبائِعِ كالجوزِ وغيرِه وقد تبعَه المصنفُ في نُسخَةٍ فقال بَدَلَ لا تشَقُّق وردٍ ، وكذا

---

(١) (قوله : ولأنَّه من ثَمَرَةِ العامِ) لو أطلَعَت النخلَةُ ثانيًا في العامِ بعدَ البيعِ كان الطَّلعُ الثاني لِلبائِعِ على الأصحِّ لأنَّها ثَمَرَةُ عامٍ ذكرَه الأذرَعيُّ وقِياسُ كونِ التوأمِ الثاني لِلمُشتري أن يكونَ الطَّالِعُ له .

(٢) (قوله : وكما يتبَعُ باطِنَ الصُّبرَةِ إلخ) وقِياسًا على البهيمَةِ والجاريةِ ويُخالِفُ ما لو باعَ القُطنَ بعدَ تشَقُّقِ الجوزِ حيثُ يصِحُّ مُطلَقًا ويدخُلُ القُطنُ في البيعِ والفرقُ أنَّ الشجَرَةَ مَقصودَةٌ لِثِمارِ سائِرِ الأعوامِ ولا مَقصودَ في القُطنِ سِوى الثمَرَةِ الموجودَةِ .

(٣) (قوله : وعَقدٌ وجِنسٌ) كان ينبَغي أن يزيدَ ومالِكٌ فإنَّه يُشترَطُ اتِّحادُه وقد يُتصَوَّرُ اتِّحادُ العقدِ مع تعَدُّدِ المالِكِ وذلك بالوكالَةِ على تصحيحِهم أنَّ المعتبَرَ الوكيلُ ولو شَرَطَ دُخولَ ما لا يدخُلُ عندَ الإطلاقِ أو خُروجَ ما يدخُلُ دَخَلَ ما لا يدخُلُ وخَرَجَ ما يدخُلُ .

تفتُّحُ وردٍ كما في التنبيه كالوردِ في ذلك الياسَمينُ ونَحوُه (وما لا يبقَى) من أصلِ العُطب (أكثرَ من سَنَةٍ إنْ بيعَ قبلَ تكامُلِ قُطنِه لم يجُزْ إلا بشرطِ القَطعِ) كالزَّرعِ سواءٌ أخرَجَ الجوزَ أم لا ثُم إنْ لم يُقطَع حتى خرج الجوزُ فهو للمُشتري لِحُدوثِه في مِلْكِه كما صرّحَ به الأصلُ وحَذَفه المصنفُ اكتِفاءً بعُمُومِ قولِه وإنْ كان قبلَ ذلك فللمُشتري .

(أو) بيعَ (بعدَ تكامُلِه نظَرت فإنْ تشقَّقَ جوزُه صَحَّ) العقدُ (لِظُهورِ المقصودِ) قال في الأصلِ نَقلا عن البَغَويّ : ودَخَلَ القُطنُ في البيعِ [1] بخِلافِ الثَمَرَةِ المؤَبَّرَةِ لا تدخُلُ ، لأنَّ الشجَرَةَ مَقصودَةٌ لِثِمارِ جَميعِ الأعوامِ ولا مَقصودَ هنا سِوى الثَمَرَةِ الموْجودَةِ ، وكأنَّ المصنف حَذَفه ، لأنَّ القاضي شَيْخَ البَغَويّ قد جَزَمَ بعَدَمِ دُخولِ ذلك وبأنَّه للبائِعِ كالثَمَرَةِ المؤَبَّرَةِ وبه جَزَمَ المتولِّي قال الأذرَعيُّ بعدَ نَقلِه ذلك : وقَضيَّةُ كلامِ ابنِ الرِّفعَةِ تصحيحُه وهو القياسُ ، (وإلا) أي وإنْ لم يتشقَّق جوزُه [2] (بَطَلَ العقدُ لاستِتارِ قُطنِه) بما ليس من صَلاحِه بخِلافِ نَحوِ الجوْزِ كما مَرَّ قال الأذرَعيُّ : هذا تتِمَّةُ كلامِ البَغَوِيّ ، وقال القاضي : يصِحُّ ولا يدخُلُ القُطنُ وكُلٌّ بَنَى على أصلِه فيما مَرَّ والمتولِّي مُوافِقٌ للقاضي (وغيرِه) أي غيرِ ما ذُكِرَ وفي نُسخَةٍ وغيرِهما أي غيرِ القُطنِ وما قبلَه وفي أُخرَى وغيرِها أي غيرِ المذكُوراتِ (كالقِثَّاءِ ونَحوِه) كالبطِّيخِ (لا يتبَعُ بعضُه بعضًا) ، لأنَّها بُطونٌ بخِلافِ ما مَرَّ في ثَمَرَةِ النَّخلِ ونَحوِه فإنَّها تُعَدُّ حَملا واحِدًا (وما ظَهَرَ من التينِ والعِنَبِ) فهو (للبائِعِ وغيرُه للمُشتري) قاله البَغَويّ [3] (وفيه نَظَرٌ) وما توقَّف فيه كالأصلِ صرّحَ به الرُّوياني وغيرُه وفرَّقوا بينه وبين النَّخلِ بأنَّ ثَمَرَةَ النَّخلِ [4] ثَمَرَةُ عامٍ واحِدٍ وهي لا تحمِلُ فيه إلا مَرَّةً ، والتينُ يحمِلُ حَملَيْنِ مَرَّةً بعدَ أُخرَى ، فكانتِ الأولى للبائِعِ

---

(١) (قوله : قال في الأصلِ نَقلا عن البغَويّ ودَخَلَ القُطنُ في البيعِ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه وهو مُستفادٌ من قولِ المُصَنِّفِ لِظُهورِ المقصودِ .

(٢) (قوله : أي وإنْ تشَقَّقَ جَوزُه) لو تشَقَّقَ بعضُه صحَّ البيعُ فيه بقِسطِه من الثمَرِ وبَطَلَ في غيرِه هذا إذا باعَ الجوزَ فقَطْ فإنْ باعَ الأصلَ وقد تشَقَّقَ بعضُ الجوزِ كان الأصلُ كُلُّه لِلمُشتري مع ما تشَقَّقَ من الجوزِ وما لَم يتشَقَّق لِلبائِعِ .

(٣) (قوله : قاله البغَوِيّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : بأنَّ ثَمَرَةَ النَخلِ إلخ) وبأنَّ التِّينَ يُؤخَذُ أوّلا فأوَّلا فلا يحْصُلُ اختلاطٌ بخلافِ ثَمَرَةِ النخلِ فإنَّها تختلِطُ ولا تتميَّزُ فاحتجنا إلى جَعلِه تابعًا .

والثانيةُ للمُشتري ، وبه رُبّما في نَحوِ القِثّاءِ يُفرِّقُ أيضًا بين النَّخلِ وبين ما مَرَّ فيما يُجَزُّ مِرارًا من أنَّ الجزَّةَ الظَّاهرةَ للبائعِ دون ما عَداها وكالتِينِ فيما ذَكَرَ الجُمَّيْزُ ونَحوُه .

(فصلٌ : ولا يُكلَّفُ البائعُ) فيما إذا باعَ شَجَرَةً وبَقِيتْ له الثَّمَرَةُ (قَطعَ ثَمَرَتِه عن المبيعِ من غيرِ شرطٍ) لِقَطعِها (قبلَ وقتِ العادَةِ) عَمَلًا بها بخِلافِ ما بعدَه حتّى لو كانتِ الثَّمَرَةُ من نَوعٍ يُعتادُ قَطعُه قبلَ النُّضجِ كُلِّفَ القَطعَ على العادَةِ [(١)] (إلا إذا تعَذَّرَ السَّقيُ) لانقِطاعِ الماءِ أو غيرِه (وعَظُمَ الضَّرَرُ) لِلشَّجَرِ (ببَقائِها) أي : الثَّمَرَةِ (أو أصابَتْها آفةٌ ولم يبقَ في تركِها فائِدَةٌ) فيُكلَّفُ قَطعَها دَفعًا لِلضَّرَرِ عن المشتري بخِلافِ ما إذا / قَلَّ الضَّرَرُ ببَقائِها ، والترجيحُ في الثانيةِ من زيادَتِه ، ومالَ إليه ابنُ ١٠٣/٢
الرِّفعَةِ [(٢)] ثُمّ قال : لكنَّ ظاهرَ نَصِّ الأُمِّ يُخالِفُه (وليس له قَطعُها شيئًا شيئًا بعدَ وقتِ العادَةِ) ولا التأخيرُ إلى نِهايةِ النُّضجِ كما فُهِمَ بالأولى ، وصرّحَ به الأصلُ أمّا إذا شرَطَ على البائعِ قَطعَها فيلزَمُه إلا أنْ يُسامِحَ المشتري بتركِها إلى بُدوِّ صَلاحِها .

(فرعٌ : السَّقيُ لِحاجَةِ الثِّمارِ) المذكورَةِ (على البائعِ) ؛ لأنَّها مِلكُه (ويُجبَرُ عليه أو) على القَطعِ (إنْ تضَرَّرَ والشجَرُ) ببَقاءِ الثِّمارِ لامتِصاصِها رُطوبَته أو نَقصِها لِحَمِلِه في المستقبَلِ نَقصًا كثيرًا (ويُمكَّنُ) البائعُ (من الدُّخولِ) للبُستانِ لِسَقيِ ثِمارِه وتعَهُّدِها (إنْ كان أمينًا) وإلا نَصَبَ الحاكِمُ أمينًا لِلسَّقيِ ومُؤْنَته على البائعِ ويسقي بالماءِ المعَدِّ لِسَقيِ تِلْك الأشجارِ وإنْ كان لِلمُشتري فيه حَقٌّ كما نَقَله في المطلَب عن ظاهرِ كلامِ الأصحاب ونَقَله القَمولي عن الماورديِّ [(٣)] ، فلو قال : أُريدُ أنْ آخُذَ الماءَ الذي كُنت أستحِقُّه لِسَقيِ ثَمَرَتِي فأسقي به غيرَها لم يُمكَّنْ وكذا لو أخَذَ ثَمَرَته قبلَ جُذاذِها لم يكنْ له أنْ يأخُذَ الماءَ الذي كان يستحِقُّه إلى وقتِ الجُذاذِ لأنَّه إنَّما يستحِقُّ من الماءِ ما فيه صَلاحُ تِلْك الثَّمَرَةِ دون غيرِها (ولِكُلٍّ منهما السَّقيُ إنْ

---

(١) (قوله : كُلِّفَ القطعَ على العادَةِ) لو اختلَف عُرفُ الناسِ في الثمرِ بأنْ يترُكَه قومٌ حتى يصيرَ رَطْبًا وقومٌ تمرًا ففي الاستذكارِ لِلدَّارَميِّ عن ابنِ القطّانِ أنَّه يُحمَلُ على عُرفِ البائعِ قال وعندي يُحمَلُ على عُرفِ الأكثرِ من البلَدِ فإنْ كان عُرفُ تلك الثمرَةِ التبقيةَ إلى آخرِ الثِّمارِ فله ذلك .

(٢) (قوله : ومالَ إليه ابنُ الرِّفعَةِ) وقال الأذرَعيُّ إنه ظاهرٌ إذ لا مُقتضَى لإشغالِ شَجَرِ الغيرِ بلا فائِدَةٍ .

(٣) (قوله : ونَقَله القمولي عن الماورديِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

نَفعَهما [١]) ، لأنَّ مَنعَه حينَئِذٍ سَفهٌ .

وعِبارَةُ المهذَّب والوسيطِ إنْ لم يتضَرَّر الآخَرُ ويُؤخَذُ منها عَدَمُ المنعِ عِنْدَ انتِفاءِ الضَّرَرِ والنَّفعِ ، لأنَّه تعَنُّتٌ قاله السُّبكيُّ وغيرُه ، وقد يتوقَّفُ فيه [٢] إذ لا غَرَضَ للبائعِ حينَئِذٍ فكيف يلزَمُ المشتري تمكينُه (لا إنْ ضَرَّهما) مَعًا فليس لأحدِهما السَّقيُ إلا برِضا الآخَرِ ، لأنَّه يُدخِلُ عليه ضَرَرًا قال السُّبكيُّ : وقد يُعترَضُ بأنَّه وإنْ رَضيَ الآخَرُ ففي ذلك إفسادُ المالِ لكنَّ المقصودَ أنَّ المنعَ لِحَقِّ الغيْرِ [٣] يرتفعُ بالرِّضا ويبقَى ذلك كتصَرُّفِه في خاصِّ مِلْكِه انتهى .

ولا يخفَى قوَّةُ الاعتِراضِ ولا يكفي في رَدِّه ما ذُكِرَ من المقصودِ لا جَرَمَ ذَكَرَ الإسنَويُّ الاعتِراضَ ولم يُجِب عنه ، ولَعَلَّ المصنف تبعَه حَيْثُ حَذَفَ قولَ الأصلِ فليس لأحدِهما السَّقيُ إلا برِضا الآخَرِ فصارَ المعنَى فليس لأحدِهما السَّقيُ مُطلَقًا لكنَّه قد يُخالِفُ ما صرَّحَ به في شرحِ الإرشادِ حَيْثُ قال : ولِكُلٍّ منهما السَّقيُ لِمِلْكِه إنْ لم يضُرَّ مِلْكَ الآخَرِ ، وليس لأحدِهما الامتِناعُ .

(ولو ضَرَّ أحدَهما ونَفعَ الآخَرَ وتنازَعا) في السَّقيِ (فَسَخَ العقدُ) أي : فسَخَه الحاكِمُ [٤] كما جَزَمَ به ابنُ الرِّفعَةِ وصحَّحه السُّبكيُّ (إنْ لم يُسامِحِ الآخَرُ) إذ ليس أحدُهما أولى من الآخَرِ ، فإنْ سامَحَه فلا فسخَ لِزَوالِ النِّزاعِ قال الأذرَعيُّ : ولا يأتي فيه الاعتِراضُ بإفسادِ المالِ كما تُوُهِّمَ بل هو إحسانٌ ومُسامَحَةٌ ، نَعَم الكلامُ في مالكيْنِ مُطلَقَي التصَرُّفِ لا مَنْ يتصرَّفُ لِغيرِه أي أو لِنفسِه لكن غيرُ مُطلَقِ

---

(١) (قوله : ولِكُلٍّ منهما السَّقيُ إنْ نَفعَهما) هذه عِبارَةُ الأكثرينَ ز.

(٢) (قوله : وقد يتوقَّفُ فيه) لأنَّه تصَرُّف في مِلكِ الغيْرِ بغيرِ حاجةٍ ولهذا لو قال مُستحِقُّ الثمَرَةِ آخُذُ الماءَ الذي أسقِي به الثمَرَةَ لأسقِيَ به غيرَها أو آخُذُ ثمَرَته قبلَ أوانِ جُذاذِها ليسقِيَ به موضِعًا آخرَ لَم يجُز ع .

(٣) (قوله : لكنَّ المقصودَ أنَّ المنعَ لِحَقِّ الغيْرِ إلخ) أي فيخرُمُ لإضاعَةِ المالِ وقال غيرُه يُحمَلُ كلامُهم على ما إذا كان يضُرُّهما من وجهٍ دونَ وجهٍ ع قال شيخُنا وأجابَ بعضُهم بأنَّ الضَّرَرَ غيرُ مُحقَّقٍ فاغتُفِرَ عندَ الإذنِ ما ذُكِرَ .

(٤) (قوله : أي فسَخَه الحاكِمُ إلخ) وقيلَ المُتضَرِّرُ وقال الزَّركَشيُّ والظَّاهرُ أنَّه على الخلافِ في التحالُفِ حتى يكونَ الأصحُّ أنَّ لِكُلٍّ من العاقِدَيْنِ تعاطيه انتهى لكن سَيأتي في كلامِ الشارِحِ نَقلا عن الرَّافِعِيِّ في اختلاطِ الثمَرَةِ المبيعَةِ بغيرِها أنَّه لا يفسَخُ إلا المُشتري وقولُه وقيلَ المُتضَرِّرُ أشارَ إلى تصحيحِه .

التصرُّفِ ، وشَمِلَ كلامُ المصنفِ ما لو ضَرَّ السَّقيُ أحدَهما ومَنَعَ تركه حُصولَ زيادَةٍ للآخَرِ لاستِلْزامِ مَنعِ حُصولِها له انتِفاعُه بالسَّقيِ وقد ذَكَرَ الأصلُ فيه احتِمالَيْنِ للإمامِ .

(**اللفظُ السَّادِسُ : الثِّمارُ**) وهو يتناولُ نَواها وقمعَها (**فبيعُ ما لا يغلِبُ اختِلاطُه منها دون الشجرِ بعدَ بُدوِّ الصَّلاحِ**) وسَيأتي بَيانُه (**جائِزٌ**) ولو (**من غيرِ شرطِ القَطعِ**) بأنْ يُطلِقَ أو يشرِطَ إبقاءَه أو قَطعَه سواءٌ أكانتِ الأُصولُ لأحدِهما أم لِغيرِه ، لأنَّه ﷺ «نَهى عن بيعِ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدوِّ صَلاحِها» رواه الشيخانِ [(١)] ، فيجوزُ بعدَ بُدوِّه وهو صادِقٌ بكُلٍّ من الأحوالِ الثَّلاثَةِ ، والمعنَى الفارِقُ بينهما أمنُ العاهَةِ بعدَه غالِبًا وقبله تُسرِعُ إليه لِضَعفِه فيفوتُ بتلَفِه الثَّمَنُ ، وبه يُشعِرُ قولُه ﷺ «أرأيتَ إنْ مَنَعَ الله الثَّمَرَةَ فبِمَ يستحِلُّ أحدُكُم مالَ أخيه» [(٢)] لا بيعَه مع ما يحدُثُ فغيرُ جائِزٍ لِوُرودِهِ على مَعدومٍ (**ويستحِقُّ به**) أي بالبيعِ لِما ذُكِرَ (**الإبقاءَ**) إلى وقتِ (**الجذاذِ إنْ لم يشرِط القَطعَ**) للعُرفِ ، فإنْ شرَطَ القَطعَ لَزِمَ الوفاءُ [(٣)] به إلا أن يُسامِحَ البائِعُ بالتركِ [(٤)] إلى أوانِ الجُذاذِ ، فإنْ لم يتَّفِق القَطعُ حَيثُ لا مُسامَحَةَ حتَّى مَضَتْ مُدَّةٌ ، فإنْ كان البائِعُ طالَبَه بالقَطعِ فلم يقطَع وجَبَتِ الأُجرَةُ وإلا فلا قاله الخوارزميُّ [(٥)] .

(**والشجَرَةُ أمانَةٌ في يدِ المشتري**) لِتعَذُّرِ تسَلُّمِ الثَّمَرَةِ بدونِها (**بخِلافِ ما لو اشترَى سَمنًا**) أو نَحوه (**فقبَضَه في ظَرفٍ**) للبائِعِ (**فإنَّه مَضمُونٌ عليه**) لِتمَكُّنِه من التسَلُّمِ في غيرِه ، (**وأمَّا**) بيعُه (**قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ**) [(٦)] (**فلا يجوزُ**) لِما مَرَّ (**إلا في**

(١) رواه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط .. ، حديث (٢٣٨١) ، ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، حديث (١٥٣٦) .

(٢) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، حديث (٢١٩٩) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، حديث (١٥٥٥) .

(٣) (قولُه فإنْ شرَطَ القطعَ لَزِمَ الوفاءُ به) لو لَم يوفِ المُشتري بالقطعِ فهل يُجبَر عليه أو يثْبتُ الخيارُ كَغيرِه من الشُّروطِ وقولُه فهل يُجْبَرُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : إلا أن يُسامِحَ البائِعُ بالتركِ إلخ) لو لَم يأمَنِ المُشتري من مُطالَبةِ البائِعِ بالقطعِ بعدَ الرِّضا فليستأجِرِ الأرضَ ليأمَنَ .

(٥) (قولُه : قاله الخوارزميُّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : وأمَّا بَيعُه قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ إلخ) قال شيخُنا خَرَجَ بِبَيعِه هبَتُه فيجوزُ وخَذَه ....=

١٠٤/٢ مُنتفع به (١)) كحِصرِمٍ وبَلحٍ ولوزٍ / (بشرطِ القَطعِ (٢)) بقَيْدٍ زادَه (٣) بقولِه : (مُنَجَّزًا) فيجوزُ بالإجماعِ المخَصِّصِ للخبَرِ السَّابقِ فدَخَلَ في المستثنَى منه ما لا يُنتفعُ به ككمثرى وسَفرجَلٍ وجوزٍ وما يُنتفعُ به وبيعَ بغيرِ شرطِ القَطعِ أو بيعَ بشرطِه مُعَلَّقًا (٤) ووجه المنعِ في الأخيرَةِ تضمُّنُ التعليقِ التبقيةَ (ولو) بيعَ (من مالِكِ الشجَرَةِ) كأن باعَها بعدَ ظُهورِ الثمَرَةِ لإنسانٍ ثم باعَ الثَمَرَةَ منه أو أوصَى بالثَمَرَةِ لإنسانٍ (٥) فباعَها لمالِكِ الشجَرَةِ فإنَّه لا يجوزُ إلا بشرطِ القَطعِ مُنجَزًا لِعُمومِ الخبَرِ والمعنَى (لكنْ لا يلزَمُ المالكَ الوفاءُ (٦)) إذ لا معنى لِتكليفِه قَطعَ ثَمرِه عن شَجَرِه، وقيلَ: يجوزُ بيعُها له بغيرِ شرطِ القَطعِ ، لأنَّهما يجتمِعانِ في مِلْكِه فيُشبه ما لو اشتراهما مَعًا ، وصحّحه في أصلِ الرَّوْضَةِ في المساقاةِ ، والجُمهورُ على الأولِ (٧) (ولا يُشترَطُ القَطعُ) أي شرطُه (في) بيع (ثَمَرَةِ نَخلَةٍ مقطوعَةٍ (٨)) لأنَّها لا تبقَى عليها فيصيرُ كشرطِ القَطعِ ، ولأنَّها لا تنمُو (ولا يُغني اعتيادُ القَطعِ عن شرطِه (٩)) لِعُمومِ

= قبل بدوّ صَلاحِه وبدونِ شرطِه قَطعُه كما سَيأتي في كلامِه في الهبةِ .

(١) (قوله : إلا في مُنتفعٍ به) لا يُقالُ أنّه غيرُ مُحتاجٍ إليه لأنّه مَعلومٌ من اشتراطِ المنفعَةِ في كُلِّ مَبيعٍ لأنّا نَقولُ هذا اشتراطٌ زائِدٌ وهو الانتفاعُ به في الحالِ فلا يصِحُّ بَيْعُه بشرطِ القطعِ ولا بغيرِه وإنْ أمكنَ الانتفاعُ به في المستقبَلِ بتربيته على الشجَرِ ر .

(٢) (قوله : بشرطِ القطعِ) قال في الكافي لو لَم يتَّفِق القطعُ حتى مَضَتْ مُدَّةٌ لِمِثلِها أُجرَةٌ إن كان طالَبَه بالقطعِ فلَم يقطَع وجَبَتْ وإلا فلا وأطلَقَ القفَّالُ في فتاوِيه عَدَمَ الوُجوبِ وقولُه قال في الكافي أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : بقَيْدٍ زادَه إلخ) تبَعًا لِلإمامِ .

(٤) (قوله: أو بَيْع بشرطِه مُعَلَّقًا) كأنْ شَرَطَ القطعَ بعَدَمِ يومٍ .

(٥) (قوله : أو أوصَى بالثمَرَةِ لإنسانٍ إلخ) أو باعَ الثمَرَةَ بشرطِ القطعِ أو وهَبَها ثم اشتراها قبله .

(٦) (قوله : لكنْ لا يلزَمُ المالكَ الوفاءُ) ليس لَنا شرطٌ تجِبُ ذكرُه لِتصحيحِ العقدِ ولا يلزَمُ الوفاءُ به إلا هذا .

(٧) (قوله : والجُمهورُ على الأوَّلِ) قال في المهمَّات ما صحَّحَه في هذا الباب هو الذي صحَّحَه في باقِي كُتُبه وهو المعروفُ أيضًا فلتكُنِ الفتوى عليه .

(٨) (قوله : ولا يُشترَطُ القطعُ في ثَمرَةِ نَخلَةٍ مَقطوعَةٍ) أو جافَّةٍ .

(٩) (قوله : ولا يُغني اعتيادُ القطعِ عن شرطِه) ولا يكونُ المعهودُ كالمشروطِ لَفظًا لا في البيعِ ولا في القرضِ ولا في الرَّهنِ ولا في غيرِها حتى لو جَرَتْ عادةُ قومٍ بانتفاعِ المُرتهنِ بالمرهونِ وعَقدِ الرَّهنِ بلا شرطِ انتفاعِ المُرتهنِ به لَفظًا لَم يفسُد الرَّهنُ ولو أقرَضَ شَخصًا مَشهورًا بردِّ الزِّيادَةِ بلا شرطِها لَفظًا وردَّ زائِدًا لَم يحْرُم .

الخبَرِ .

(وإنْ شرطَ) قَطعَ الثمَرِ (وترَك عن تراضٍ) منهما (فلا بأسَ) ويكونُ بُدوُّ الصَّلاحِ ككِبَرِ العبدِ الصَّغيرِ وخرج بقولِه أولا ما لا يغلِبُ اختِلاطُه وسَيأتي حُكمُه (ولو باعَ الثمَرَ مع الشجَرِ [١] لم يجُزْ بشرطٍ) وفي نُسخَةٍ شرطِ (القَطعِ) لِما فيه من الحجْرِ على المشتري في مِلْكِه مع الاستِغناءِ عنه بالتبعيَّةِ ، فيجوزُ بغيرِ شرطِ القَطعِ لِتبعيَّتِه [٢] لِما تُؤْمَنُ فيه العاهَةُ (فإنْ فصلَ الثمَنَ) كأنْ قال : بعتُك الشجَرَةَ بدينارٍ والثمَرَةَ بعَشرَةٍ (وجَبَ) شرطُ القَطعِ لانتِفاءِ التبعيَّةِ وهذا من زيادَتِه ، وذكرَه الرَّافعيُّ في باب المساقاةِ استِشهادًا وأسقَطَه من الرَّوْضَةِ (ولو استثنَى البائعُ الثمَرَةَ غيرَ المؤَبَّرَةِ لم يجِب شرطُ القَطعِ) ؛ لأنَّه في الحقيقَةِ استِدامَةٌ لِمِلْكِها فله الإبقاءُ إلى وقتِ الجِذاذِ ولو صرّحَ بشرطِ الإبقاءِ جازَ كما صرّحَ به الأصلُ وما ذُكِرَ من عَدَمِ وُجوبِ شرطِ القَطعِ ومن جوازِ التصريحِ بشرطِ الإبقاءِ هو أحدُ نَصَّيْنِ لِلشَّافعيِّ كما أفادَه البُلْقينيُّ ولم يطَّلِع بعضُهم على هذا النَّصِّ فزَعَمَ أنَّ المنصوصَ خِلافُه .

(فرعٌ : بُدوُّ الصَّلاحِ في شَجَرَةٍ) ولو في حَبَّةٍ [٣] (يستتبِعُ الكُلَّ إذا اتَّحدَ البُستانُ) والعقدُ والجِنسُ (كما في التأبيرِ) وقد مَرَّ فيتبَعُ ما لم يبدُ صَلاحُه ما بَدا صَلاحُه إذا اتَّحدَ فيهما الثلاثَةُ واكتفى ببُدوِّ صَلاحِ بعضِه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى امتنَّ علينا فجَعل الثِّمارَ لا تطيبُ دَفعَةً واحِدَةً إطالَةً لِزمَنِ التفكُّه ، فلو اعتبَرنا في البيعِ طيبَ الجميعِ لأدَّى إلى أنْ لا يُباعَ شيءٌ [٤] أو تُباعَ الحبَّةُ بعدَ الحبَّةِ وفي كُلٍّ منهما حَرَجٌ .

(فرعٌ : بُدوُّ الصَّلاحِ في الأشياءِ [٥] صَيرورَتُها إلى الصِّفةِ التي تُطلَبُ فيها

---

(١) (قوله : ولو باعَ الثمَرَةَ مع الشجَرَةِ إلخ) دَخَلَ في إطْلاقِه صورَتانِ أنْ يبيعَ الثمَرَةَ مع الشجَرَةِ بالصَّريحِ أو يبيعَ الشجَرَةَ مُطلَقًا وعليها ثَمَرَةٌ غيرُ مُؤَبَّرَةٍ فتدخُلُ كالحملِ ومِثلُه ما لو كان عليها ثَمَرَةٌ مُؤَبَّرَةٌ وثَمَرَةٌ غيرُ مُؤَبَّرَةٍ .

(٢) (قوله : فيجوزُ بغيرِ شرطِ القطعِ لِتبعيَّته إلخ) لِخَبَرِ «مَن باعَ نَخلا قد أُبِّرَتْ فثَمَرَتُها لِلبائعِ إلا أنْ يشترِطَها المُبتاعُ» فدَلَّ على جَوازِ إدخالِها في البيعِ ولَم يفصِل وقِيسَ على النخلِ غيرُه .

(٣) (قوله : ولو في حَبَّةٍ) أو عُنقودِه أو بُسرِه أو بطِّيخه أو سُنبُلِه .

(٤) (قوله : لأدَّى إلى أنْ لا يُباعَ شيءٌ) لأنَّ السَّابقَ يتلَفُ .

(٥) (قوله : بُدوُّ الصَّلاحِ في الأشياءِ إلخ) جَعل الماورديُّ والرُّويانيُّ بُدوَّ الصَّلاحِ على ثَمانيةِ أقسامٍ أحدِها باللَّونِ كَصُفرَةِ المِشمِشِ وحُمرَةِ العُنَّابِ ومنه اصْفِرارُ البلَحِ واحمِرارُه الثاني الطَّعمُ كَحَلاوةِ قَصَبِ السُّكَّرِ وحُموضَةِ الرُّمَّانِ إذا زالَت المرارَةُ الثالِثِ النُّضجِ في ....=

غالبًا ففي الثّمارِ ظُهورُ أولِ الحلاوةِ) ففي غيرِ المتلوِّنِ (بأنْ يتموَّهَ ويلينَ وفي المتلوِّنِ بانقلاب) وفي نُسخةٍ باختلافِ (اللونِ) كأن احمرَّ أو اصفرَّ أو اسودَّ (وفي نحوِ القِثّاءِ بأن يُجْنَى مِثلُه) غالبًا (للأكلِ وفي الحُبوب باشتِدادِها وفي ورَقِ الفِرصادِ) وهو التُوتُ الأحمَرُ ، والظَّاهرُ أنَّ المرادَ به هنا الأبيضُ ، لأنَّه الذي يُباعُ لِتربيةِ دودِ القَزِّ فلو عَبَّرَ بالتُوتِ لكان أقرَبَ إلى المرادِ (بتناهيه) ، والأصلُ في ذلك خَبَرُ الصَّحيحَيْنِ عن أنَسٍ رضي الله عنه «نَهَى رَسولُ الله ﷺ عن بيعِ الثّمارِ حتّى تُزهي فقيلَ : يا رَسولَ الله وروِي فقيلَ : لأنَسٍ : ما تُزْهي ؟ قال : تحمَرُّ أو تصفرُّ» (١) وكُلٌّ صَحيحٌ فإنَّ أنَسًا رَفعَه مَرَّةً وترَك رَفعَه أُخرَى مُستنِدًا إلى ما سَمِعَه .

(فرعٌ : البطِّيخُ والباذِنجانُ ونَحوُه) أي نَحو كُلٍّ منهما (لا يصِحُّ بيعُه) أي كُلٌّ
١٠٥/٢ منها (قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ) إلا بشرطِ القَطعِ وإن بيعَ من مالِكِ الأُصولِ (٢) / لِما مَرَّ (فإنْ باعَه بعدَ بُدوِّ الصَّلاحِ) ولو لِبعضِه (دون الشجَرِ) أي : الأُصولِ (أو) باعَ (الشجَرَ) أي الأُصولَ (دونه وغَلَبَ الاختِلاطُ) أي اختِلاطُ حادِثِه بالمَوْجودِ (لم يجُزْ إلا بشرطِ القَطعِ) ؛ لأنَّ بيعَه بدونِ ذلك يُفضي إلى تعَذُّرِ إمضاءِ العقدِ (إلا إنْ أمِنَ الاختِلاطَ) فيجوزُ بيعُه بغيرِ شرطِ القَطعِ كما يجوزُ بيعُ ما لا يغلِبُ اختِلاطُه

= التّبنِ والبطِّيخ ونحوِهما وذلك بأن تلينَ صَلابَتُه الرَّابع بالقوّةِ والاشتدادِ كالقمحِ والشعيرِ الخامِسِ بالطُّولِ والامتلاءِ كالعلفِ والبُقولِ السَّادِسِ بالكِبَرِ كالقِثّاءِ السَّابع باشتقاقِ كِمامِه كالقُطْنِ والجوزِ الثـامِنِ بانفِتاحِه كـالوردِ وورَقِ التُّـوت وضَبَطَ الصَّيمَـريُّ بُدوَّ صَلاحِ ورَقِ التُّـوت بأنْ ينفتـحَ كأرجُلِ البطَّةِ .

(١) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا باع الثار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع ، حديث (٢١٩٩) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، حديث (١٥٥٥) .

(٢) (قوله : وأنَّه بيعَ من مالِكِ الأُصولِ) لِما مَرَّ فإن باعَه مع الأرضِ جازَ تبَعًا قال البُلقِينيُّ إذا باعَ زَرعًا قَصيلا بشرطِ القطعِ ثم باعَ الأرضَ من مُشتريه هل يسقُطُ حَقُّ القطعِ وجهانِ ذكرَهما القاضي حُسَيْنٌ وغيرُه توجيه المنعِ أنَّه حَقٌّ لِلّه تعالى فلا يسقُطُ بالتراضي قال ابنُ الرِّفعَةِ ومنه يُؤخَذُ أنَّ الذِّمّيَّ إذا على بناءَه على مُسلِمٍ وحُكِمَ بالهَدمِ ثم باعَه لِمُسلِمٍ هل يسقُطُ حَقُّ الهَدمِ فيه مِثلُ هذا الخلافِ وترَكَ مَسألَةَ ما إذا أسلَمَ هو ولا شَكَّ أنَّ هذه مَسألَةٌ دارَت بين نَظائِرَ كمَسألَةِ المُحْرِمِ يرِثُ الصَّيدَ فيُؤمَرُ بالإرسالِ فيحِلُّ قبله وكالذِّمّيِّ إذا ورِثَ عبدًا مُسلِمًا فأمَرناه بإزالَةِ مِلكِه عنه ثم أسلَمَ وكَمَن عندَه عَصيرٌ فتخَمَّرَ ثم تخَلَّلَ وكان غيرَ مُحترَمٍ أعني الخمرَ ولا فرقَ بين أنْ يقضي القاضي أم لا وقولُه هل يسقُطُ حَقُّ القطعِ أشارَ إلى تصحيحِه .

كذلك بأنْ نَدرَ أو استوى فيه الأمرانِ أو لم يُعلم حالُه **(ويُشترَطُ القَطعُ)** أو القَلعُ أي شرَطَ أحدَهما **(في بيعِه)** أيِ الأصلَ **(قبلَ أنْ يُثمِرَ)** كالزَّرعِ الأخضَرِ ، فلو باعَه كذلك فاتَّفقَ بَقاؤُه حتّى خرج الثَّمَرُ فهو للمُشتري كما صرّحَ به الأصلُ ، وحَذَفه المصنفُ اكتِفاءً بما مَرَّ في فصلٍ : أمَّا ثمَرُ المبيعِ وفي إطلاقِه الشجَرَ على أُصولِ البطِّيخِ ونَحوِه تسَمُّحٌ **(وقال الإمامُ)** وتبعَه الغزاليُّ **(إنْ باعَ البطِّيخَ ونَحوه مع أُصولِه وجَبَ شرطُ القَطعِ)** لِتعَرُّضِهما للعاهَةِ **(بخِلافِ الشجَرِ)** مع الثَّمرِ **(لا إنْ باعَهما مع الأرضِ)** فلا يحتاجُ إلى شرطِ القَطعِ ، فالأرضُ كالشجَرِ **(وهو)** أي ما قاله الإمامُ من وُجوب شرطِ القَطعِ فيما إذا باعَ البطِّيخَ ونَحوه مع الأُصولِ **(مُخالِفٌ للمَسألَةِ قبلها)** وهي عَدَمُ وُجوب شرطِ قَطعِ الثَّمرَةِ في بيعِ الأُصولِ وحدَها [١] عِندَ أمنِ الاختِلاطِ قال في الأصلِ : ومُقتضاه : عَدَمُ وُجوب شرطِ القَطعِ فيما قاله الإمامُ قال ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه : وعليه جَرَى سليمٌ وغيرُه من العِراقيِّينَ وهو المنقولُ [٢] والإمامُ لم يُبدِ الأولَ إلا تفقُّهًا لا نَقلا كما يقتضيه سياقُ لفظِه .

(فرعٌ : لا يصِحُّ بيعُ نِصفِ الثَّمَرِ على الشجَرِ مُشاعًا قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ ولو) بيعَ **(من مالِكِ الشجَرِ)** أو بشرطِ القَطعِ **(إنْ قُلنا القِسمَةُ بيعٌ)** وهو ما جزَمَ به في الرِّبا تبعًا لِتصحيحِ أصلِه **(لأنَّ شرطَ القَطعِ لازِمٌ [٣] له)** ولا يُمكِنُ قَطعُ النِّصفِ إلا بقَطعِ الكُلِّ فيتضَرَّرُ البائعُ بقَطعِ غيرِ المبيعِ فأشبَهَ ما إذا باعَ نِصفًا مُعَيَّنًا من سَيفٍ أمَّا إذا قُلنا القِسمَةُ إفرازٌ [٤] فالبيعُ صَحيحٌ لإمكانِ قَطعِ النِّصفِ بعدَ القِسمَةِ وخرج بقبلِ بُدوِّ الصَّلاحِ البيعُ بعدَه ، فيصِحُّ إنْ لم يشرطِ القَطعَ فإنْ شرَطَه ففيه ما تقَرَّرَ **(ويصِحُّ بيعُه)** أي نِصفِ الثَّمَرِ **(مع الشجَرِ)** كُلِّه أو بعضِه ، ويكونُ الثَّمَرُ تابعًا ، وقَضيَّتُه أنَّه لا فرقَ بين شرطِ قَطعِه وعَدَمِه لا يُقالُ : قياسُ ما مَرَّ فيما لو باعَ جَميعَ الثَّمَرِ مع الشجَرِ أنَّه لا يجوزُ شرطُ القَطعِ ؛ لأنَّا نَقولُ : لا قِسمَةَ ثَمَّ ؛ لأنَّ

---

(١) (قوله : في بَيْعِ الأُصولِ وحْدَها إلخ) عِبارَتُه أنَّه إذا أفرَدَ أُصولَه بالبيعِ قال العِراقِيُّونَ وغيرُهم يجوزُ ولا حاجةَ إلى شرطِ القطعِ إذا لَم يخَفِ الاختلاطَ قال شيخُنا هو المُعتَمَدُ .

(٢) (قوله : وهو المنقولُ) وجَزَمَ به صاحِبُ الحاوِي والأنوارِ وصحَّحَه السُّبكيُّ والإسنَويُّ وغيرُهما ونَقَلَه المُصَنِّفُ في شرحِ إرشادِه عن الأكثرينَ وقال السُّبكيُّ أنَّ الصَّحيحَ الصِّحَّةُ من غيرِ شرطِ القطعِ .

(٣) (قوله : لأنَّ شرطَ القطعِ لازِمٌ) لُزومَ القطعِ فيما إذا باعَه من مالِكِ الشجَرِ رَأيٌ مَرجوحٌ .

(٤) (قوله : أمَّا إذا قُلنا القِسمَةُ إفرازٌ) وهو الرَّاجِحُ إذ الخرصُ يدخُلُ فيها .

الثَّمَرَ كُلُّه للمُشتري بخِلافِه هنا ، والتصريحُ بالترجيحِ فيما ذَكرَه بقولِه : ولو من مالِكِ الشجَرِ من زيادَتِه ، وفهِمَ البُلْقينيُّ من كلامِ الأصلِ فيه ما يُخالِفُ ذلك فاحذَره **(وليس لأحدِ الشريكيْنِ أنْ يشتري نَصيبَ شريكِه من الثَّمَرِ قبلَ)** بُدوِّ **(صَلاحِه بنَصيبه من الشجَرِ إلا بشرطِ القَطعِ)** كغيرِ الشريكِ **(وتصيرُ كُلُّ الثَّمَرَةِ له وكُلُّ الشجَرِ للآخَرِ فيتعَيَّنُ)** على المشتري **(قَطعُ جَميعِ الثَّمَرَةِ)** ؛ لأنَّه بذلك التزَمَ قَطعَ ما اشتراه وتفريغَ الشجَرِ لِصاحِبه .

(فإن اشتراها) أيِ الثَّمَرَةَ أي نَصيبَ شريكِه منها **(بغيرِ نَصيبه)** من الشجَرِ **(لم يصِحَّ)** وإنْ شرَطَ القَطعَ لِتكليفِ المشتري قَطعَ مِلكِه عن مِلكِه المستقِرِّ له قبلَ البيعِ ، ومِثلُه ما صرَّحَ به البَغَويّ في زَرعٍ وأرضٍ مُشترِكيْنِ باعَ أحدُهما نَصيبَه من الزَّرعِ للآخَرِ ، والتصريحُ بقبلِ بُدوِّ الصَّلاحِ وبغيرِ نَصيبه من زيادَتِه قال في الأصلِ : ولو كان الشجَرُ لأحدِهما والثَّمَرُ بينهما فاشترَى مالِكُ الشجَرِ نَصيبَ صاحِبه من الثَّمَرِ بنِصفِ الشجَرِ بشرطِ القَطعِ جازَ أي لانتِفاءِ العِلَّةِ السَّابقَةِ ، ولم يُصَرِّح به المصنفُ اكتِفاءً بفهمِه من قولِه : وليس لأحدِ الشريكيْنِ إلى آخِرِه .

(فرعٌ : لا يصِحُّ بيعُ زَرعٍ لم يشتدَّ حَبُّه [1] **و)** بيعُ **(بُقولٍ وإنْ كانت تُجَزُّ مِرارًا إلا بشرطِ القَطعِ أو القَلْعِ)** كالثَّمَرِ قبلَ بُدوِّ صَلاحِه **(أو مع الأرضِ)** كالثَّمَرِ مع / الشجَرِ **(فإن اشتدَّ حَبُّ الزَّرعِ لم يُشترَط القَطعُ)** ولا القَلْعُ كالثَّمَرِ بعدَ بُدوِّ ٢/١٠٦

---

(١) (قوله : لا يصِحُّ بَيْعُ زَرعٍ لَم يشتدَّ حَبُّه إلخ) لو اشترَى الزَّرعَ بشرطِ القطعِ ولَم يُقطَع حتى زادَ فالزِّيادَةُ لِلبائعِ حتى إذا سَنبَلَ كانت السَّنابلُ لِلبائعِ إلا أنْ يكونَ قد اشتراه بشرطِ القلعِ فلَم يُقلَع حتى تسَنْبَلَ فهي لِلمُشتري لأنَّه مَلَكَ أصلَ الزَّرعِ الذي يحْدُثُ منه الزِّيادَةُ قاله في الأنوارِ قال المُتولِّي ولو اشترَى الزَّرعَ بشرطِ القطعِ فلَم يقطَع حتى زادَ فالزِّيادَةُ حتى السَّنابلِ لِلبائعِ وقد اختلَطَ المبيعُ بغيرِه اختلاطًا لا يتميَّزُ وذلك لأنَّ زيادَةَ الزَّرعِ زيادَةُ قدرٍ لا زيادَةُ صِفةٍ لأنَّ المقصودَ إجزاؤُه ولو اشتراه بشرطِ القلعِ فلَم يقلَع حتى زادَ فهي لِلمُشتري لأنَّه اشترَى الكُلَّ فما ظَهرَ يكونُ له فلو أرادَ أن يشتري لِرَعيِ البهائمِ فطَريقُه أنْ يشتري بشرطِ القلعِ ثم يستأجِرَ الأرضَ وكلامُ الإمامِ وغيرِه صَريحٌ في أنَّ الزِّيادَةَ لِلمُشتري في شرطِ القطعِ أيضًا ويُؤَيِّدُه قولُ الشيخَيْنِ القُطنُ الذي لا يبقَى أكثرَ من سَنَةٍ كالزَّرعِ فإذا باعَه قبلَ خُروجِ الجوزَقِ أو بعدَه وقبلَ تكامُلِ القُطنِ وجَبَ شرطُ القطعِ ثم إن لَم يقطَع حتى خَرَجَ الجوزَقُ فهو لِلمُشتري لِحُدوثِه على مِلكِه قال الأذرَعيُّ وهذا هو المُختارُ وإن نازَعَ فيه ظاهرُ النصِّ ش الرَّاجِحُ الأوَّلُ والفرقُ بين الزَّرعِ والقُطنِ ظاهرٌ وهو أنَّ الجوزَقَ ثَمَرَةٌ كما أنَّ ما ظَهَرَ من الثمَرَةِ يستتْبِعُ ما لَم يظهَر منها .

صَلاحِه قال الزَّركشيُّ : وقياسُ ما مَرَّ من الاكتِفاءِ في التأبـيرِ بطَلْعٍ واحِدٍ ، وفي بُدوِّ الصَّلاحِ بحَبَّةٍ واحِدَةٍ الاكتِفاءُ هنا باشتِدادِ سُنبُلَةٍ (١) واحِدَةٍ وكُلٌّ ذلك مُشكِلٌ انتهى .

(فرعٌ : يُشترَطُ) لِبيعِ الزَّرعِ بعدَ اشتِدادِ حَبِّه وبيعِ الثَّمَرِ بعدَ بُدوِّ صَلاحِه (ظُهورُ المقصودِ) ليكونَ مَرئيًّا كتينٍ وعِنَبٍ وشَعيرٍ (فلا يصِحُّ بيعُ الحِنطَةِ والسِّمسِمِ (٢) ونَحوِه) أي كُلٌّ منهما كالعدَسِ (في سُنبُلِه دونه) الأولى في سُنبُلِها ليُناسِبَ قوله : (ولا بيعُها معها) الأولى معه ليُناسِبَ دونه ، وذلك لاستِتارِها شبها ليس من صَلاحِها ، وأمَّا خَبَرُ «نَهى رَسولُ الله ﷺ عن بيعِ السُّنبُلِ حتى يبيضَّ» (٣) أي يشتدَّ فيجوزُ بعدَ اشتِدادٍ فأُجيبُ عنه بحَملِه على سُنبُلِ الشعيرِ ونَحوِه جَمعًا بين الدّليلَيْنِ .

(ولا) يصِحُّ (بيعُ الجزَرِ والفُجلِ ونَحوِه) كالثُّومِ (٤) والبَصَلِ (في الأرضِ) لاستِتارِ مَقصودِها وعَدُّ الأصلِ معها السلق مَحمُولٌ على أحدِ نَوعَيْه وهو ما يكونُ مَقصودُه مُغَيَّبًا في الأرضِ أمَّا ما يظهَرُ مَقصودُه على وجهِها وهو المعروفُ بأكثَرِ بلادِ مِصرَ والشامِ فيجوزُ بيعُه كالبَقلِ (ويجوزُ بيعُ ورَقِه) الأولى ورَقِها أي الظَّاهِرِ (بشرطِ القَطعِ) كالبُقولِ .

(ويصِحُّ بيعُ العِنَبِ والتِينِ) ونَحوِهما (في الشجَرِ والشعيرِ والسلت وكذا الذُّرَةُ في السُّنبُلِ (٥)) لِعَدَمِ استِتارِها والتصريحُ بالذُّرَةِ من زيادَتِه (وكذا المستورُ بما لا يُزالُ إلا عِندَ الأكلِ كالرُّمَّانِ والعدَسِ ، وكذا طَلْعُ النَّخلِ مع قِشرِه والأُرزُ في سُنبُلِه (٦)) لاستِتارِها بما هو من صَلاحِها ولا يُخالِفُ ما ذُكِرَ في العدَسِ والأُرزِ عَدَمُ صِحَّةِ السَّلمِ فيهما كما سَيأتي في بابه ، وإن أفتى النَّوويُّ بصِحَّتِه في الأُرزِ ، لأنَّ

(١) (قوله : الاكتفاءُ هنا باشتـدادِ سُنبُلَةٍ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه عِبارَةَ الأنوارِ وفي الحُبوب في سُنبُله .

(٢) (قوله : فلا يصِحُّ بَيْعُ الحِنطَةِ والسِّمسِمِ إلخ) وبزرِ الكتَّانِ في جَوزِه .

(٣) رواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، حديث (١٥٣٥) .

(٤) (قوله : كالثُّوم) والقُلقاسِ .

(٥) (قوله : وكذا الذُّرَةُ في السُّنبُلِ) الذُّرَةُ نوعانِ بارزُ الحبَّات كالشعيرِ وفي كِمام كالحِنطَةِ .

(٦) (قوله : والأُرزُ في سُنبُلِه) أي قِشرِه الأصفرِ بعدَ التصفيةِ من تبنِه .

البيعَ يعتمِدُ المشاهَدَةَ بخِلافِ السَّلمِ (١) فإنَّه يعتمِدُ الصِّفاتِ وهي لا تُفيدُ الغرَضَ في ذلك لاختِلافِ القِشرِ خِفَّةً ورَزانَةً ، ولأنَّ السَّلمَ عَقدُ غَرَرٍ فلا يضُمُّ إليه غَرَرًا آخَرَ بلا حاجَةٍ بخِلافِ البيعِ ، ولِذلك جوَّزَ بيعَ المعجوناتِ دون السَّلمِ فيها **(وما يُزالُ أحدُ كِمامَيه)** أي قِشريه ويبقَى في الآخَرِ **(لِلادِّخارِ كالجوْزِ واللوْزِ والباقِلا)** أي الفولَ كما مَرَّ (٢) **(فلا يصِحُّ بيعُه في)** قِشرِه **(الأعلى)** لأعلى الشجَرِ ولأعلى الأرضِ **(ولو رَطبًا)** لاستِتارِه بما ليس من صَلاحِه بخِلافِه في الأسفلِ ، نَعَم يصِحُّ بيعُ قَصَبِ السُّكَّرِ في قِشرِه الأعلى كما في الاستِقصاءِ ونَقَله في المطلَبِ عن الماورديِّ (٣) ووُجِّهَ بأنَّ قِشرَه الأسفلَ (٤) كباطِنِه ، لأنَّه قد يُمَصُّ معه فصارَ كأنَّه في قِشرٍ واحِدٍ كالرُّمَّانِ ، وما قيلَ من أنَّ الشافعيَّ أمَرَ الرَّبيعَ ببَغدادَ أنْ يشتري له الباقِلاءَ الرَّطبَ رُدَّ بأنَّ هذا نَصَّه في القَديمِ لكونِه كان ببَغدادَ ، ونَصَّ في الجديدِ على خِلافِه ، وبأنَّ في صِحَّةِ ذلك توقُّفًا ، لأنَّ الرَّبيعَ إنَّما صَحِبَ الشافعيَّ بمِصرَ لا ببَغدادَ لكنْ قال بالصِّحَّةِ كثيرونَ والكتَّانُ إذا بَدا صَلاحُه قال ابنُ الرِّفعَةِ يظْهَرُ (٥) جوازُ بيعِه ، لأنَّ ما يُغزَلُ منه ظاهرٌ ، والسَّاسُ في باطِنِه كالنَّوى في التمرِ لكنْ هذا لا يتمَيَّزُ في رَأيِ العيْنِ بخِلافِ التمرِ والنَّوى وفي تعبيرِ المصنفِ كأصلِه بالكِمامِ تسمُّحٌ فإنَّه كالأكِمَّةِ والأكمامُ الأكاميمُ جَمعُ كِمامَةٍ وكِمٍّ (٦) بكسرِ الكافِ ، والمرادُ المفرَدُ فلو قال : أحدُ كِمامَتيه أو كِمَّيه كان أولى ، وقولُه من زيادَتِه لِلادِّخارِ لا حاجَةَ إليه **(ومع الأرضِ)** من زيادَتِه أي ولا يصِحُّ بيعُ ما ذُكِرَ أيضًا مع الأرضِ لِما مَرَّ .

(كما لا يصِحُّ بيعُ البَذرِ) أو الزَّرعِ الذي لا يُفرَدُ بالبيعِ ولا يدخُلُ عِندَ الإطلاقِ **(مع الأرضِ)** كالحِنطَةِ في سُنبُلِها ولا يصِحُّ في الأرضِ أيضًا للجَهلِ بأحدِ

---

(١) (قوله : بخلافِ السَّلَمِ إلخ) ويشهَدُ لِذلك أنَّ المعجونات لا يصِحُّ السَّلَمُ فيها قَطعًا ولا خلاف في جَوازِ بَيعِها .

(٢) (قوله : أي الفول كما مَرَّ) واللُّوبيا .

(٣) (قوله : ونَقَله في المطلَب عن الماورديِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : بأنَّ قِشرَه الأسفلَ إلخ) وبأنَّ قِشرَه ليس ساترًا لِجَميعِه بل يستُرُه من الأعلى دونَ الأسفلِ فرُؤيةُ البعضِ دالةٌ على الباقِي .

(٥) (قوله : قال ابنُ الرِّفعَةِ يظهَرُ إلخ) أشارُ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : جَمعُ كِمامَةٍ وكِمٍّ) ظاهرُ كلامِ المُحكَمِ أنَّ الكِمامَ مُفرَدٌ فإنَّه قال كِمامُ كُلِّ نوعٍ وِعاؤُه والجمعُ أكمامٌ وأكاميمُ .

المقصودَيْنِ وتعذَّرَ التوزيعُ ، أمَّا إذا كان يُفرَدُ بالبيعِ بأنْ رُئِيَ قبلَ البيعِ ولم يتغيَّر وقَدرَ على أخذِه (١) فيصِحُّ البيعُ فيهما ، وكذا إنْ كان يدخُلُ عِنْدَ الإطلاقِ ويكونُ ذِكرُه تأكيدًا قاله المتولِّي قال السُّبكيُّ (٢) : ولَـك أنْ تقولَ ينبَغي أنْ يكـونَ كبيعِ الجاريةِ وحَمْلِها (٣) إلا أنْ يكـونَ رَآه قبـلَ ذلـك فيصِحُّ **(فإنْ أكلَ)** مالـه قشرانِ **(بقِشرِه الأعلى قبلَ انعِقادِ الأسفلِ كاللوزِ صَحَّ)** بيعُه حينَئِذٍ فإنَّه مَأكُولٌ كلُّه كالتُّفَّاحِ .

(فصلٌ) لو **(باعَ الحِنطَةَ في سُنبُلِها بكيلٍ مَعلُومٍ من الحِنطَةِ)** الخالِصَةِ **(لم يصِحَّ ويُسَمَّى بيعُ المحاقَلَـةِ)** من الحقلِ جَمعُ حَقلَةٍ وهي السَّاحَةُ الطَّيِّبَةُ التي لا بنـاءَ فيها ولا شَجَرَ روى الشيخانِ عن جابرٍ قال : «نَهَى رَسولُ الله ﷺ عن المحاقَلَةِ» (٤) وفُسِّرَ بما ذُكِرَ ، والمعنَى فيه عَدَمُ العِلمِ بالمماثَلَةِ وأنَّ المقصودَ من المبيعِ مَستورٌ بما ليس من صَلاحِه **(فلو باعَ شَعيرًا في سُنبُلِه بحِنطَةٍ خالِصَةٍ وتقابَضا في المجلِسِ)** جازَ ، لأنَّ / المبيعَ مَرئِيٌّ ، والمماثَلَةَ ليستْ بشرطٍ ، لاختِلافِ الجِنسِ **(أو باعَ زَرعًا قبلَ ظُهورِ الحبِّ)** بحَبٍّ **(جازَ لأنَّ الحشيشَ غيرُ رِبَوِيٍّ)** ويُؤخَذُ منه أنَّه إذا كان رِبَوِيًّا كأن اعتيدَ أكلُه كالحُلْبَةِ يمتنِعُ بيعُه بحَبِّه ، وبه جَزَمَ الزَّركشيُّ (٥) . ١٠٧/٢

(فصلٌ : يصِحُّ بيعُ العرايا في الرَّطبِ والعِنَبِ (٦) **على الشجَرِ خَرصًا)** ولو بخَرصِ أحدِ العاقِدَيْنِ كما قالـه السُّبكيُّ **(بقـدرِه من اليابسِ في الأرضِ كيلا)** هذا مُستثنَى من بيعِ المزابَنَةِ المنهيِّ عنه في خَبَرِ الصَّحيحَيْنِ وفُسِّرَ ببيعِ الرَّطب على الشجَرِ بالتمرِ وفيهما عن سَهْلِ بنِ أبي حَثمَةَ (٧) «أنَّ رَسولَ الله ﷺ نَهَى عن بيعِ التَّمرِ

---

(١) (قوله : وقَدرَ على أخذه) بلا مَشقَّةٍ شَديدَةٍ .

(٢) (قوله : قال السُّبكيُّ) أي والإسنَويُّ والأذرَعيُّ .

(٣) (قوله : كبَيْعِ الجاريةِ وحَملِها) يُفرِّقُ بينهما بأنَّ المقِيسَ سَبَقَ له حالٌ يصِحُّ بَيْعُه فيه فسومِحَ فيه بخلافِ المقِيسِ عليه بأنَّ الحملَ غيرُ مُتحقِّقِ الوُجودِ بخلافِ ما هنا فاغتُفِرَ فيه ما لا يُغتفرُ في الحملِ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) (قوله : وبه جَزَمَ الزَّركَشيُّ) أشارَ إلى تصحيحه .

(٦) (قوله : يصِحُّ بَيْعُ العرايا في الرَّطْب والعِنَب) إذا لَم يتعلَّق بهما زَكاةٌ والعرايا شرعًا بَيْعُ التمرِ والزَّبيب على وجه الأرضِ بالرَّطْب والعِنَب على رَأسِ النخيلِ والكُرومِ تخمينًا .

(٧) (قولـه : عـن سُهَيْـلِ بـنِ أبي حَثْمَـةَ إلـخ) بفتـحِ الخـاءِ عـلى المشهـورِ والثمـرُ الأوَّلُ بالمثلَّثةِ والثاني بالمُثنَّاةِ .

بالتمرِ ورَخَّصَ في العرايا أنْ تُباعَ بخَرصِها يأكُلُها أهلُها رُطَبًا» [١] ، وقيسَ العِنَبُ بالرُّطب بجامعِ أنَّ كلاًّ منهما زَكويٌّ يُمكِنُ خَرصُه ويُدَّخرُ يابسُه ، وكالرُّطب البُسرُ بعدَ بُدوِّ صَلاحِه ، لأنَّ الحاجَةَ إليْه كهي إلى الرُّطب ذَكرَه الماورديُّ والرُّويانيُّ [٢] وبتقييدِهما له ببُدوِّ صَلاحِه عُلِمَ غَلَطُ مَنْ نَقَلَ ذلك بلا تقييدٍ وألحَقَ به الحِصرِمَ وقولُه : في الأرضِ تبعًا لِبعضِهم من زيادَتِه ، وليس بمُعتبَرٍ ، وإن اعتبَرَه في الإرشادِ [٣] وشرحِه فرتَّبَ عليه مُقتضاه **(لا)** بيعُ ذلك بقدرِه **(من الرُّطب)** لانتِفاءِ حاجَةِ الرُّخصَةِ إليْه ولا بيعُه على الأرضِ بقدرِه من اليابسِ ، لأنَّ من جُملَةِ مَعاني بيعِ العرايا أكله طَريًّا على التدريجِ وهو مُنتفٍ في ذلك وأفهَمَ قولُه : كيْلا أنَّه يمتنِعُ بيعُه بقدرِه يابسًا خَرصًا ، وهو كذلك لِئَلا يعظُمَ الغرَرُ في البيعِ ، **وإنَّما يصِحُّ بيعُ العرايا (فيما دون خَمسَةِ أوسُقٍ [٤])** بتقديرِ الجفافِ بمِثلِه . روى الشيخانِ عن أبي هريرةَ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَخَّصَ في بيعِ العرايا بخَرصِها فيما دون خَمسَةِ أوسُقٍ أو في خَمسَةِ أوسُقٍ» [٥] شَكَّ داوُد بنُ الحُصَينِ أحدُ رواتِه فأخَذَ الشافعيُّ بالأقَلِّ **(لا إذا بلَغَها)** بتقديرِ جَفافِه في صَفقَةٍ وفي نُسخَةٍ بَلَغتْها أي بَلَغَتِ العرايا الخمسَةَ فلا يصِحُّ البيعُ في الجميعِ ، ولا يخرُجُ على تفريقِ الصَّفقَةِ ، لأنَّه صارَ بالزِّيادَةِ مُزابَنَةً فبَطَلَ في الجميعِ ، وإنَّما يصِحُّ فيما دونها **(بشرطِ التقابُضِ قبلَ التفرُّقِ فيُسلِّمُ المشتري التمرَ اليابسَ بالكيْلِ ويُخلِّي بينه وبين النَّخلِ)** كما عُلِمَ ذلك من باب الرِّبا .

---

(١) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة ، حديث (٢١٩١) و ورواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، حديث (١٥٤٠) .

(٢) (قوله : ذكرَه الماورديُّ والرُّويانيُّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وليس بمُعتبَرٍ وإنِ اعتبَرَه في الإرشادِ إلخ) قد صَرَّحَ باعتبارِه جَماعَةٌ وهو المُعتمَدُ إذْ بَيْعُ العرايا رُخصَةٌ فيقتصِرُ على مَحَلِّ وُرودِها .

(٤) (قوله : فيما دونَ خَمسَةِ أوسُقٍ) قَضيَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ أنَّه يكْفي في النقصِ عنها ما ينطَلِقُ عليه الاسمُ حتى قال الماورديُّ يكْفي نَقصُ رُبُعِ مُدٍّ والمُتَّجه أنَّه لا يكْفي ذلك وأنَّه لا بُدَّ من زيادَةٍ على تفاوُت ما يقَعُ بين الكيلَيْنِ فإنَّ رُبُعَ المُدِّ يقَعُ التفاوُتُ به بين الكيلَيْنِ غالبًا لا سيَّما في الخمسَةِ أوسُقٍ فس ر وكَتَبَ أيضًا قال الأذْرَعيُّ نَصُّ الشافِعيِّ والأصحاب أنَّه يكْفي أيُّ قدرٍ كان .

(٥) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة ، حديث (٢١٩٠) ، ورواه مسلم ، في الكتاب والباب السابقين ، برقم (١٥٤١) .

(وإنْ عَقَدا والتمرُ غائِبٌ فأُحضِرَ) أو حَضَراه وقُبِضَ (قبلَ التفرُّقِ جازَ) كما لو تبايعا بُرًّا ببُرٍّ غائِبين وتقابَضا قبلَ التفرُّقِ ، وذكرَ الأصلُ مع ذلك ما لو غابا عن النَّخلِ وحَضَرا عِندَه فحَذَفه المصنفُ ، لأنَّ القبضَ بالتخليةِ لا يفتقِرُ إلى الحُضورِ كما مَرَّ (فإنْ جُفِّف) الرُّطبُ (وبأنْ تفاوت لا يقَعُ مِثلُه في الكيلِ بَطَلَ) البيعُ ، وإنْ لم يبنْ تفاوُتٌ كذلك بأنْ كان قدرًا يقَعُ مِثلُه في الكيلِ أو تلِف بأكلٍ أو غيرِه لم يبطُلْ .

(ولا يصِحُّ) بيعُ العرايا (في سائِرِ الثِّمارِ) أي باقيها كجوزٍ ولوزٍ ، لأنَّها مُتفرِّقٌ مَستورٌ بالأوراقِ فلا يُمكِنُ خَرصُها (وله بيعُ الكثيرِ) أي خَمسَةِ أوسُقٍ فأكثَرَ (في صَفقاتٍ) كُلُّ صَفقَةٍ دون خَمسَةٍ (وتتعَدَّدُ) الصَّفقَةُ (بتعَدُّدِ المشتري ، وكذا) بتعَدُّدِ (البائِعِ) على الأصَحِّ كما تتعَدَّدُ بتعَدُّدِ العقدِ ، وإنَّما نَظَروا هنا إلى جانِبِ المشتري أكثَرَ حَيثُ قَطَعوا فيه بالتعَدُّدِ دون جانِبِ البائِعِ عَكسِ ما قالوه في الرَّدِّ بالعيبِ ، لأنَّ الرُّطبَ هو المقصودُ والتمرُ تابعٌ ، ولو باعَ رَجُلانِ لِرَجُلَيْنِ صَفقَةً جازَ فيما دون عِشرينَ لا فيما فوقَه وعَبَّرَ الأصلُ بدونِ عَشرَةٍ [1] ، وهو كما قال الزَّركشيُّ وغيرُه : سَبقُ قَلمٍ ، لأنَّ الصَّفقَةَ هنا في حُكمِ أربعَةِ عُقودٍ كما مَرَّ .

(ولا يختصُّ) بيعُ (العرايا بالفُقَراءِ) بل يجري في الأغنياءِ لإطلاقِ الأخبارِ فيه وما رواه الشافعيُّ عن زَيْدِ بنِ ثابتٍ «أنَّ رِجالا مُحتاجينَ من الأنصارِ شَكَوْا إلى رَسولِ الله ﷺ أنَّ الرُّطَبَ يأتي ولا نَقدَ بأيديهم يبتاعونَ به رُطَبًا يأكُلونَه مع النَّاسِ وعِندَهم فضلُ قوتِهم من التمرِ فرَخَّصَ لهم أنْ يبتاعوا العرايا بخَرصِها من التمرِ» أُجيبَ عنه بأنَّه ضَعيفٌ وبتقديرِ صِحَّتِه فهذا حِكمَةُ المشروعيَّةِ ثُمَّ قد يعُمُّ الحُكمُ كما في الرَّمَلِ والإضطِباعِ على أنَّه ليس فيه أكثَرُ من أنَّ قومًا بصِفةٍ سَألُوا فرَخَّصَ لهم ، واحتمَلَ أنْ يكونَ سَبَبُ الرُّخصَةِ فقرَهم أو سُؤَالَهم ، والرُّخصَةُ عامَّةٌ ، فلمَّا أُطلِقَتْ في أخبارٍ أُخَرَ تبَيَّنَ أنَّ سَبَبَها السُّؤَالُ كما لو سَألَ غيرُهم وأنَّ ما بهم من الفقرِ غيرُ مُعتبَرٍ إذ ليس في لفظِ الشارعِ ما يدُلُّ لاعتِبارِه .

والعرايا جَمعُ «عَرِيَّةٍ» ، وهي لُغَةً : النَّخلَةُ ووزنُها فعيلَةٌ قال الجُمهورُ : بمعنى

---

(١) (قوله : وعَبَّرَ الأصلُ بدونِ عَشَرَةٍ إلخ) قال في المهِمَّاتِ أي لِكُلِّ واحدٍ فيكونُ لِلاثنَيْنِ دونَ العِشرينَ (ناج) وكَتبَ أيضًا إنَّما عَبَّرَ الشيخانِ بالعشَرَةِ لأنَّهما فرَّعاها على المرجوحِ القائِلِ بأنَّ الصَّفقَةَ هنا لا تتعَدَّدُ بتعَدُّدِ البائِعِ .

فاعِلَةٍ ؛ لأنَّها عَريت بإعراءِ مالِكِها أي إفرادِه لها من باقي النَّخيلِ فهي عاريَّةٌ ، وقال آخَرونَ بمعنى مَفعولَةٍ عن عَراه يعروه إذا أتاه ؛ لأنَّ مالكها يعروها أي يأتيها فهي مَعروَّةٌ وأصلُها عَريوةٌ قُلِبَتِ الواوُ ياءً وأُدغِمَتْ فتسميةُ العقدِ بذلك على القولَيْنِ مجازٌ عن أصلِ ما عُقِدَ عليه .

١٠٨/٢ / **(فصلٌ : على مَنْ باعَ ثَمَرَ شَجَرٍ** [١]**)** يعتادُ سَقيه **(بعدَ بُدوِّ الصَّلاحِ)** بغيرِ شرطِ قَطعِ **(السَّقيِ إلى)** أوانِ **(الجُذاذِ)** [٢] بقدرِ ما ينمُو به ويسلمُ من الفسادِ لأنَّ السَّقيَ من تتِمَّةِ التسليمِ الواجِب كالكيلِ في المكيلِ والوزنِ ، في الموزونِ وتعبيرُ أصلِه بقدرِ ما ينمُو به ويسلمُ من الفسادِ [٣] أضبَطُ من تعبيرِه هو بإلى الجُذاذِ **(فإنْ شرَطَ على المشتري بطَلَ العقدُ)** ؛ لأنَّه خِلافُ قَضيَّتِه أمَّا إذا باعَه قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ فلا سَقيَ على البائِع [٤] لانقِطاعِ العلقَةِ بينهما باشتِراطِ القَطعِ قاله الرَّافعيُّ وقَضيَّتُه كما قال الزَّركشيُّ [٥] : أنَّه لا سَقيَ عليه أيضًا فيما لو باعَه من مالِكِ الشجَرِ وهو ظاهرٌ وفي كلامِ الرَّوْضَةِ ما يدُلُّ له **(ويتسَلَّطُ المشتري على)** التصَرُّفِ في **(الثَّمَرَةِ بتخليةِ البائِعِ)** بينه وبينها لِحُصولِ القبضِ بها [٦] ، وتقَدَّمَ في القبضِ عن الأصلِ [٧] ما يُؤخَذُ منه أنَّه لو باعَ الثَّمَرَةَ بعدَ أوانِ الجذاذِ لم يحصُلْ قبضُها إلا بالنَّقلِ فلا يتسَلَّطُ المشتري عليها قبله ولو بعدَ التخليةِ ، **(وإذا)** الأولى قولُ الأصلِ

---

(١) (قوله : على مَنْ باعَ ثَمَرَ شَجَرٍ) أو زَرعًا .

(٢) (قوله : السَّقيُ إلى أوانِ الجُذاذ) هو المُرَجَّحُ وقِيلَ يتأخَّرُ عنه زَمَنًا لا يُنسَبُ المُشتري إلى توانٍ بتركِه الثمَرَ على الشجَرِ وقِيلَ إلى نفسِ الجُذاذ .

(٣) (قوله : بقدرِ ما ينمو به ويسلَمُ من الفسادِ) قال القفَّالُ في فتاويه ولو شرَطَ أن يسقِيه مَرَّةً واحدَةً أو عَدَدًا مَعلومًا بَطَلَ البيعُ لأنَّ السَّقيَ يكونُ على قدرِ الكِفايةِ .

(٤) (قوله : فلا سَقيَ على البائِع إلخ) نَعَم لو كَثُرَ الثمرُ وكان لا يتأتَّى قَطعُه إلا في زَمَنٍ طَويلٍ يحتاجُ فيه لِلسَّقيِ فالظَّاهرُ اللُّزومُ لِلعادَةِ ر .

(٥) (قوله : وقَضيَّتُه كما قال الزَّركَشيُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : لِحُصولِ القبضِ بها) لأنَّها لَمَّا كانت مَتروكَةً إلى مُدَّةٍ جَعَلنا قبضَها قبلَ تلك المُدَّةِ بالتخليةِ لِشَبَهِها فيها بالعقارِ وكَتَبَ أيضًا حيثُ وجَبَ على البائِعِ السَّقيُ وقُلنا يحصُلُ القبضُ بالتخليةِ فاليدُ لهما ع .

(٧) (قوله : وقد تقَدَّمَ في القبضِ عن الأصلِ إلخ) قد مَرَّ الكلامُ عليه في قبضِ العقارِ .

فإنْ (**تلفتْ**) كلُّها (**بجائِحَةٍ**) كحَرٍّ وبَردٍ وحَريقٍ (**قبلَ التخليةِ فهي من ضَمانِ البائعِ**) فينفسِخُ البيعُ أو بعضُها انفسَخَ فيه وخُيِّرَ المشتري في الباقي كما مَرَّ في تفريقِ الصَّفقَةِ ، وصرّحَ به الأصلُ هنا أيضًا (**أو**) تلِفتْ بذلك (**بعدَها فهي من ضَمانِ المشتري** [١]) وإنْ لم يشرط قَطعَه لِقبضِه بالتخليةِ [٢] ، والأمرُ في خَبَرِ مُسلِمٍ بوضعِ الجوائحِ [٣] محمُولٌ على النَّدب أو على ما قبلَ التخليةِ جَمعًا بين الأدِلَّةِ ، (**وإنْ**) وفي نُسخَةٍ فإنْ (**تلِفتْ من العطَشِ انفسَخَ**) العقدُ لاستِنادِ التلَفِ إلى تركِ السَّقي المستحَقِّ كما في قَتلِ العبدِ بردَّةٍ سابقَةٍ (**وإنْ تعَيَّبَتْ به**) أي بالعطَشِ (**فللمُشتري الخيارُ**) وإنْ قُلنا الجائِحَةُ من ضَمانِه لاستِنادِ التعَيُّب إلى تركِ السَّقي المستحَقِّ فالتعَيُّبُ بتركِه كالعيْب قبلَ القبضِ نَعَم إنْ تعَذَّرَ السَّقيُ بأنْ غارَتِ العيْنُ وانقَطعَ النَّهرُ فلا خيارَ له كما صرّحَ به أبو عَليٍّ الطَّبَريُّ قال الزَّركشيُّ : وهو القياسُ [٤] : وقَضيَّةُ كلامِ الشافعيّ في الأمِّ والجوينيّ في السِّلسِلَةِ ، لأنَّه حينَئِذٍ لا يُكلَّفُ تحصيلَ ماءٍ آخرَ (**فإنْ**) وفي نُسخَةٍ وإنْ (**آلَ**) التعَيُّبُ (**إلى التلَفِ وهو**) أي والمشتري (**عالِمٌ**) به (**ولم يفسَخْ فهل يغرَمُ له البائعُ**) البَدَلَ لِعُدوانِه (**أم لا**) لِتقصيرِ المشتري بتركِ الفسخِ مع القُدرَةِ (**وجهانِ**) لا ترجيحَ فيهما والأوجَه الثاني [٥] ، لأنَّ سَبَبَ الضَّمانِ هنا إمَّا اليدُ ، وقد زالَتْ أو الجِنايةُ ، وتركُ السَّقي ليس بجِنايةٍ مُضمَّنَةٍ كما لو أخَذَ ماءَ غيرِه بمَفازَةٍ فمات عَطَشًا لم يضمَنه ، فإنْ فرَّقَ بأنَّ السَّقي مُلْتزَمٌ بحُكمِ المعاوضَةِ وتركُه يُؤدِّي إلى تلَفِ الثمَرَةِ غالبًا بدَليلِ ضَمانِها [٦] فيما مَرَّ ضَمانَ عَقدٍ قُلْنا : عارِضَةُ تقصيرِ المشتري ما ذُكرَ ، فإنْ كان جاهلًا انفسَخَ العقدُ (**وإنْ قَبَضَ جُزافًا ما اشتراه مُكايلَةً فتلِف في يدِه ففي انفِساخِ العقدِ وجهانِ**) أحدُهما نَعَم لِبَقاءِ علقَةِ الكيْلِ بينهما فلم يحصُل القبضُ المفيدُ لِلتَّصَرُّفِ والثاني لا لِوُجودِ القبضِ المفيد لِنَقلِ

---

(١) (قوله : فهي من ضَمانِ المُشتري) وقِيلَ إنَّها من ضَمانِ البائِعِ لأنَّها لَمَّا شَرَطَ فيها القطعَ صارَ قبضُها بتلَفِها ا هـ .

(٢) (قوله : لِقبضِه بالتخلية) لأنَّ التخليةَ كافيةٌ في قَرارِ التصَرُّفِ فكانت كافيةً في نَقلِ الضَّمانِ كالعقارِ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) (قوله : قال الزَّركَشيُّ وهو القِياسُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : والأوجَه الثاني) هو الأصحُّ .

(٦) (قوله : بدَليلِ ضَمانِها) فيما مَرَّ ضَمانَ عَقدٍ وهي ما إذا اشترَى شَجَرَةً وعليها ثَمَرَةٌ لِلبائعِ يغلِبُ تلاحُقُها .

الضَّمانِ (١) ، وتقَدَّمَ في الكلامِ على القبضِ أنَّ المتولِّي صحّح الثّاني وأنَّ مُقتضَى كلامِ غيرِه وهو الأوجَه تصحيحُ الأولِ (٢) .

(فرعٌ) : لو **(باعَ الثّمَرَةَ مع الشجَرِ فتلِفتِ الثّمَرَةُ قبلَ التخليةِ انفسَخَ)** العقدُ **(فيها لا في الشجَرِ)** تفريقًا لِلصَّفقَةِ .

(فرعٌ) لو **(اشترَى ثَمَرَةً يغلِبُ فيها الاختِلاطُ)** (٣) أيِ اختِلاطُ حادِثِها بالوُجودِ النّاشِئِ ذلك من غَلَبَةِ تلاحُقِها كتينٍ وقِثّاءَ وخيف الاختِلاطُ **(لَم يصِحَّ)** العقدُ ، وإنْ بَدا صَلاحُها لِتعَذُّرِ التسليمِ **(إلا بشرطِ القَطعِ (٤))** أي قَطعِ الثّمَرَةِ عِنْدَ خَوفِ الاختِلاطِ فيصِحُّ حينَئِذٍ فإنْ لم يخَفْ بأنْ أمكنَ التميِيزُ بين اللاحِقِ والسّابقِ صَحَّ البيعُ فيما بَدا صَلاحُه بغيرِ شرطِ القَطعِ **(فإنْ شرَطَه)** أي قَطعَها **(فلم تُقطَع أو كانتْ مِمّا يندُرُ اختِلاطُها)** أو مِمّا يتساوى فيها الأمرانِ أو لم يعلم حالها **(واختلَطَتْ)** في الأربعِ **(بالحادِثَةِ ولو بعدَ)** الأُولى قبلَ **(التخليةِ لم ينفسِخ**
١٠٩/٢ **العقدُ)** (٥) لِبَقاءِ عَيْنِ المبيعِ وإمكانِ التسليمِ / بما يأتي **(بل يثبُتُ له)** أي للمُشتري **(الخيارُ)** (٦) إنْ وقَعَ الاختِلاطُ قبلَ التخليةِ ، لأنّه أعظَمُ من الإباقِ هذا **(إنْ لم**

---

(١) (قوله : والثاني لا لِوُجودِ القبضِ المُفيدِ لِنَقلِ الضَّمانِ) إنَّما سَكَتا عن ترجيحِه لأنَّهما جَرَيا عليه في باب الرِّبا وقد أوضَحْته ثَمَّ .

(٢) (قوله : وهو الأوجَه تصحيحُ الأوّلِ) قال في الخادِمِ والرّاجِحُ الانفِساخُ .

(٣) (قولُه اشترَى ثَمَرَةً يغلِبُ فيها الاختلاطُ) في مَعنَى الثمَرَةِ الزَّرعُ فإنْ أرادَ شِراءَ الحشيشِ رَطبًا لِتأكُله المواشي فطَريقُه أنْ يشتري بشرطِ القطعِ ثم يستأجِرَ الأرضَ حتى تكونَ العُروقُ مَملوكَةً له فما يحْدُثُ من الزِّيادَةِ يكونُ مِلكًا له قاله المتولِّي .

(٤) (قوله : لَم يصِحَّ إلا بشرطِ القطعِ) قال في الأصلِ لَم يصِحَّ إلا بشرطِ قَطعِ المُشتري ثَمَرَته وفائِدَةُ ذكْرِه لِلمُشتري التنبيه على أنَّ مُؤْنَةَ القطعِ عليه كمُؤْنَةِ النقلِ فلو شُرِطَتْ على البائِعِ بَطَلَ بناءً على الأصَحِّ من حُصولِ القبضِ بالتخليةِ ويضمَنُ بها المُشتري .

(٥) (قوله : لَم ينفسِخ العقدُ) فإنْ قِيلَ قد ذكرتُم في الغصبِ أنَّ الخلطَ بما لا يتميَّزُ يكونُ هَلاكًا فهَلاَّ كان هَلاكًا في المبيعِ حتى ينفسِخَ العقدُ فجَوابُه من وجهَيْنِ أحدُهما أنَّ الغاصِبَ لَمّا تعَدَّى بالغصبِ غَلَظَ عليه بانتقالِ الحقِّ إلى ذمَّته لأنَّ الثُّبوت في الذِّمَّةِ آكَدُ لِحَقِّ المالِكِ الثاني أنَّ في إبطالِ البيعِ إضرارًا بالبائِعِ والمُشتري جَميعًا وإبطالُ العُقودِ لا يُصارُ إليها إلا عندَ الضَّرورَةِ ولا ضَرورَةَ هَهنا .

(٦) (قوله : بل يثْبُتُ له الخيارُ إلخ) قال النّاشِرِيُّ ذكَرَ بعضُ المُعَلِّقِينَ على الرَّوضَةِ على هذه المسألَةِ أنَّه تقَدَّمَ في آخرِ اللَّفظِ الخامِسِ أنَّه إذا باعَ شَجَرَةً وعليها ثَمَرَةٌ مُؤَبَّرَةٌ أنَّ ....=

يسمَح) له (البائعُ بالحادِثَةِ) فإنْ سَمَحَ له بها هبَةً أو إعراضًا فلا خيارَ له لِزَوالِ المحذورِ قال في شرحِ الإرشادِ : ويملِكُها بالإعراضِ عن السَّنابلِ ، وإنَّما لم يملِكِ النَّعلَ بالإعراضِ عنها (١) ، لأنَّ عَوْدَها إلى البائعِ مُتوقَّعٌ ولا سَبيلَ هنا إلى تميُّزِ حَقِّ البائعِ، وقَضيَّةُ قولِ الأصلِ (٢) : يثبُتُ له الخيارُ . ثم إنْ سَمَحَ له البائعُ سَقَطَ خيارُه جوازُ مُبادرَةِ المشتري للفسخِ (٣) إلا أنْ يُبادِرَ البائعُ ويسمَحَ ويسقُطُ خيارُه لكن قَضيَّةُ كلامِ التنبيه : أنَّه ليس له المبادرَةُ لِذلك بعدَ مُشاورَةِ البائعِ وهو ما حَكاه في المطلَب عن نَصِّ الشافعيِّ والأصحاب ، ورَجَّحَه السُّبكيُّ ، وتعبيرُ المصنفِ بما قاله يحتمِلُ الأولَ ويحتمِلُ الثَّاني بمعنى أنَّه يثبُتُ له الخيارُ إنْ سَألَ البائعَ ليسمَحَ له فلم يسمَح قال في المهمَّاتِ : ومعنى ثُبوتِ الخيارِ له أنَّه يرفعُ الأمرَ إلى الحاكمِ ويكونُ الحاكمُ هو الذي يفسَخُ كما صرَّحَ به جَماعَةٌ منهم القاضي أبو الطَّيِّب والماورديُّ ونَقَله ابنُ الرِّفعَةِ عنهما وهو مُتَّجَهٌ ، لأنَّه لِقَطعِ النِّزاعِ لا للعَيْب ، وكلامُ الرَّافعيِّ يُوهِمُ خِلافه ، ويُؤْخَذُ من كوْنِه لِقَطعِ النِّزاعِ أنَّه ليس فوْريًّا كالفسخِ بعدَ التحالُفِ انتهى .

ورُدَّ بأنَّ ما نَقَله مُفرَّعٌ على أنَّ الحاكمَ في باب التحالُفِ هو الذي يفسَخُ أمَّا على المذهَب فلا يفسَخُ إلا المشتري كما قاله الرَّافعيُّ : وقَضيَّةُ هذا أنْ لا ينحَصِرَ الفسخُ هَهنا في المشتري كنَظيرِه ثَمَّ ، ومالَ إليه الزَّركشيُّ ، وتقدَّمَ له نَظيرُه فيما لو اشترَى حُليَّ ذَهَبٍ بوزْنِه ذَهَبًا فبانَ مَعيبًا ، والأوجَه ما قاله الرَّافعيُّ (٤) ولا نُسَلِّمُ أنَّ ما ذُكِرَ ليس عَيْبًا بل هو عَيْبٌ لِصِدقِ تعريفِه عليه ولا دَخلَ للحاكمِ في الرَّدِّ به بخِلافِه في باب التحالُفِ الذي لا يكونُ إلا عِندَه ، وعلى هذا فالخيارُ على الفوْرِ أمَّا إذا وقَعَ الاختِلاطُ بعدَ التخليةِ فلا خيارَ للمُشتري ، وهو واردٌ على المصنفِ

= الثمَرَةَ تبقَى لِلبائعِ وأنَّ ما يحْدُثُ من الطَّلعِ يتْبَعُ المُؤَبَّرَ ليكونَ لِلبائعِ فكيف هذه الصُّورَةُ فأجابَ والِدي بأنَّ ما تقَدَّمَ المُؤَبَّرُ منه وما لَم يطْلُع بعدُ حَملا واحدًا وهنا شَرَطَ الشيخُ أنَّ الشجَرَةَ تحمِلُ في السَّنَةِ مَرَّتينِ فإذا كان كذلك كان كُلُّ حَملٍ مُستقِلاً فلا سَبيلَ إلى أنْ يتْبَعَ غيرَه .

(١) (قوله : وإنَّما لَم يملِكْ النعلَ بالإعراضِ عنها إلخ) صورَةُ النعلِ أنْ يشرِطا عَدَمَ دُخولِها في البيعِ أو يحْدُثَ بعدَ العقدِ وقبلَ القبضِ أو المُرادُ بالبائعِ المُشتري إذًا بالعيْب .

(٢) (قوله : وقَضيَّةُ قولِ الأصلِ) وعليه جَرَى في المُحَرَّرِ والمنهاج والأنوارِ .

(٣) (قوله : جَوازُ مُبادرَةِ المُشتري لِلفسخِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولـه : والأوجَـه مـا قالـه الـرَّافِعِيُّ) قـال ابنُ العِمـادِ إنَّ مـا ذكـرَه الـرَّافِعِيُّ فرَّعَـه عـلى المذهَب المُعتَمَدِ .

دون أصلِه

(فإنْ تراضَيا) بعدَ الاختِلاطِ ولو قبلَ التخليةِ لا كما قَيَّدَه الأصلُ بما بعدَها **(على قدرٍ من الثَمَرِ فذاك وإلا فالقولُ قولُ صاحِبِ اليدِ)** بيمينِه في قدرِ حَقِّ الآخَرِ **(وهلِ اليدُ بعدَ التخليةِ للبائعِ أو للمُشتري أو كِلَيْهما فيه أوجُهٌ)** ثَلاثَةٌ ، وقَضيَّةُ كلامِ الرَّافعيِّ ترجيحُ الثاني [1] لِبنائِه له مع الأولِ على أنَّ الجوائحَ من ضَمانِ البائعِ أو المشتري ، وعلى الثالِثِ يقسم المتنازَعُ فيه بينهما ولِكُلٍّ منهما تحليفُ صاحِبه كما يُعرَفُ من باب الدّعاوى **(ويجْري هذا الحُكمُ في)** بيعِ **(الحِنطَةِ ونَحوِها من المِثليّاتِ)** ومُتماثِلِ الأجزاءِ حَيثُ **(يختلِطُ بحِنطَةِ البائعِ)** فلا انفِساخَ ، وللمُشتري الخيارُ إنْ لم يسمَح له البائعُ ووقَعَ الاختِلاطُ **(قبلَ القبضِ)** وإلا فلا خيارَ له ويأتي فيه ما مَرَّ **(لكنَّ اليدَ بعدَه)** أي بعدَ القبضِ **(للمُشتري)** لِوُجودِ القبضِ الحقيقيِّ لُغَةً وشرعًا ، وقيلَ : للبائعِ اعتِبارًا بكونِ يدِه كانت ثابتةً قبلُ **(إلا)** وفي نُسخَةٍ لا **(إنْ أودَعَها)** أي المشتري الحِنطَةَ **(البائعَ)** بعدَ القبضِ ثُم اختلَطَتْ **(فاليدُ له)** أي للبائعِ فالقولُ قولُه بيمينِه **(ولو اختلَطَ نَحوُ الثِّياب)** من المتقوِّماتِ **(بمِثلِها)** بعدَ العقدِ **(انفسَخَ)** ؛ لأنَّ ذلك يُورِثُ الاشتِباهَ وهو مانِعٌ من صِحَّةِ العقدِ لو فُرِضَ ابتِداءً ، وفي نَحوِ الحِنطَةِ غايةُ ما يلزَمُ الإشاعَةُ وهي غيرُ مانِعَةٍ ، **(ولو اشترَى جَزَّةً من الرَّطبَةِ)** بشرطِ القَطعِ **(فطالَتْ)** وتعَذَّرَ التمييزُ **(فكاختِلاطِ الثَّمَرِ)** فيما ذُكِرَ

(فرعٌ : فإنْ) وفي نُسخَةٍ وإن **(اشترَى الشجَرَةَ وعليها ثَمَرَةٌ للبائعِ)** يغلِبُ تلاحُقُها [2] لم يصِحَّ إلا بشرطِ قَطعِ البائعِ ثَمَرَته عِندَ خَوفِ الاختِلاطِ فإنْ شرَطَ فلم يقطَع أو كانت مِمَّا ينذُرُ تلاحُقُها **(وجَرَى الاختِلاطُ كما سَبَقَ)** في ثِمارِ المشتري **(لم ينفسِخ بل مَنْ سَمَحَ بحَقِّه)** لِصاحِبه **(أُجبِرَ صاحِبُه)** على القَبولِ **(وإنْ تشاحَّا فُسِخَ)** العقدُ .

* * *

(١) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِ الرَّافِعيِّ ترجيحُ الثاني) هو الأصحُّ .

(٢) (قوله : يغلِبُ تلاحُقُها) وهي مِمَّا يُثمِرُ في السَّنَةِ مَرَّتَيْنِ .

(بابُ مُعامَلاتِ العبيدِ والإماءِ)

قال ابنُ حَزمٍ : لفظُ العبدِ يتناولُ الأمَةَ . قال الإمامُ : وتصَرُّفاتُ الرَّقيقِ ثَلاثَةُ أقسامٍ :

* ما لا ينفُذُ وإنْ أذِنَ فيه السَّيِّدُ كالوِلاياتِ والشهاداتِ .

* وما ينفُذُ بغيرِ إذنِه كالعِباداتِ والطَّلاقِ والخُلْعِ .

* وما يتوقَّفُ على إذنِه كالبيعِ والإجارَةِ كما قال (ليس للعبدِ) الذي يصِحُّ تصَرُّفُه لِنفسِه لو كان حُرًّا (أنْ يتَّجِرَ أو يتصرّف) ببيعٍ أو إيجارٍ أو نَحوه [(١)] ، لأنَّه مَحجورٌ عليه لِنَقصٍ كالسَّفيه ، ولأنَّه لا يُمكِنُ ثُبوتُ المِلْكِ له ، لأنَّه ليس أهلا للمِلْكِ ولا لِمَوْلاه بعِوضٍ / في ذِمَّتِه ، لأنَّه لم يرضَ به ولا في ذِمَّةِ العبدِ لِما فيه من حُصولِ ١١٠/٢
أحدِ العِوضَينِ لِغيرِ مَنْ يلزَمُه الآخَرُ (إلا بإذنِ المولى) [(٢)] فله ذلك لِصِحَّةِ عِبارَتِه [(٣)] وارتِفاعِ المانِعِ من تصَرُّفِه بالإذنِ (لا بسُكُوتِه) على ذلك [(٤)] كما في نِكاحِه قال الزَّركشيُّ وغيرُه : قد يُستثنَى من ذلك ما لو باعَ المأذونُ مع مالِه فإنَّه

---

(١) (قوله : ببَيْعٍ أو تصَرُّفٍ أو إيجارٍ أو نحوِه) لا يصِحُّ توكُّلُ العبدِ في الشِّراءِ ونحوِه نَعَم لو وكَّله ليشتري له نفسَه من مولاه أو مالا آخرَ صحَّ على الأصحِّ وكَتبَ أيضًا قال الأذْرَعيُّ لو امتنعَ السَّيِّدُ من الإنفاقِ عليه وتعذَّرَتْ مُراجَعةُ الحاكِمِ أو حيلَ بينهما بحَبسٍ أو غيرِه فالقِياسُ صِحَّةُ شِرائِه ما تمَسُّ حاجَتُه إليه كما في السَّفيه وأولى وفي كلامِ البغَويّ شيءٌ منه وكذا لو بَعَثَه في شُغلٍ إلى بَلَدٍ بَعيدٍ أو أذنَ له في حَجٍّ أو غَزْوٍ فله فيما يظهَرُ شِراءُ قوته وما لا بُدَّ له منه ا هـ قال الدَّارِميُّ لو اشترَى غيرُ المأذونِ بإذْنِ سَيِّدِه هل له أو لِسَيِّدِه وجهانِ قال الأذْرَعيُّ والظَّاهرُ أنَّه لِسَيِّدِه وقولُه قال الأذْرَعيُّ لو امتنعَ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه والظَّاهرُ إلخ .

(٢) (قوله : إلا بإذْنِ الوليِّ) قال الإمامُ لو أكْرَهَه على شِراءٍ وضَمانٍ لَم يصِحَّ بالاتِّفاقِ إذْ لا حُكْمَ له على ذمَّته وإنْ كان لو رَضِيَ بذلك لَتعَلَّقَ بكَسبه إذْ لا يُتَصَوَّرُ التعَلُّقُ بالكَسب دونَ التعَلُّقِ بالذِّمَّةِ وقولُه قال الإمامُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لِصِحَّةِ عِبارَتِه) بأنْ يكونَ بحيثُ يصِحُّ تصَرُّفُه لِنفسِه لو كان حُرًّا وأمَّا المُبَعَّضُ فهو في نوبَتِه كالحُرِّ وفي غيرِها كالقِنِّ فلا يصِحُّ شِراؤُه فيها وإنْ قَصَدَ نفسَه وقال الأذْرَعيُّ هل يصِحُّ عن قَصْدِه نفسَه أو يصِحُّ وإنْ أطْلَقَ أو يجْري خلافٌ من تفريقِ الصَّفقَةِ لَم أرَ فيه شيئًا وشَرَطَ الماورديُّ والجُرجانيُّ لِصِحَّةِ تصَرُّفِ العبدِ المأذونِ وله كونُه يصِحُّ تصَرُّفُه لِنفسِه لو كان حُرًّا وإليه أشارَ في التنبيه باشتراطِ الرُّشدِ قال الزَّركَشيُّ وهو الذي صَرَّحَ به الأصحابُ في باب الكِتابةِ ومنهم النوويُّ حيثُ قال وشَرَطَ فيه إطْلاقَ تصَرُّفِه وهو الصَّوابُ .

(٤) (قوله : لا بسُكوته على ذلك) لأنَّ ما الإذْنُ فيه شرطٌ لا يكونُ السُّكوتُ فيه إذْنًا .

لا يُشترَطُ تجديدُ إذنٍ من المشتري على الأظهَرِ في النّهايةِ كما قاله ابنُ الرِّفعَةِ [١] قال الأذرَعيُّ [٢] : والظَّاهرُ أنَّ للوليِّ [٣] أنْ يأذَنَ لِعبدِ مَحجورِه في التِجارَةِ إذا كان ثِقَةً مأمُونًا (فإنْ أذِنَ له في التِجارَةِ [٤] دَخَلَ) فيه (لَوازِمُها كالمخاصَمَةِ) في العُهْدَةِ [٥] (والنَّشرِ والطَّيِّ) لِلثِّياب وحَملِ المتاعِ إلى الحانُوتِ (والرَّدِّ بالعيب ويُؤَجِّرُ مالَ التِجارَةِ) كعَبيدِها وثيابِها ودَوابِّها لِعادَةِ التُجَّارِ في ذلك ؛ ولأنَّ المنفعَةَ من فوائِدِ المِلْكِ فيملِكُ العقدَ عليها كالصُّوفِ واللبَنِ (لا نفسَه) [٦] ؛ لأنَّ الإذنَ لا يتناولُ إجبارَها كما لا يتناولُ بيعَها (ولا يتزَوَّجُ) لِذلك وفي تناوُلِه الافتِراضَ ترَدُّدٌ للقاضي [٧] (ولا يُوكِّلُ) أجنَبيًّا كالوكيلِ لا يُوكِّلُ بخِلافِ المكاتب ؛ لأنَّه يتصرّفُ لِنفسِه (فإنْ) وفي نُسخَةٍ وإنْ (أذِنَ له أنْ يتَّجِرَ في نَوعٍ [٨] أو زَمَنٍ أو بَلَدٍ لم يُجاوِزْه) كالوكيلِ فإنْ لم ينُصَّ له على شيءٍ تصرّف في كُلِّ الأنواعِ والأزمِنَةِ والبُلْدانِ (فإنْ قال) له : (اتَّجِر في هذا الألفِ [٩] لم يشترِ في ذِمَّتِه بأكثَرَ منه أو) قال : (اجعَلْه رَأسَ مالِ تِجارَةٍ) أو رَأسَ مالِكِ واتَّجِر (اشترَى في ذِمَّتِه ما) يعني بما (شاءَ) ولو بأكثَرَ منه وعلى التقديرينِ له أنْ يشتري بعَيْنِ الألفِ وفي الذِّمَّةِ

---

(١) (قوله : كما قاله ابنُ الرِّفعَة) هذا مُفرَّعٌ على رَأيٍ مَرجوحٍ وهو أنَّ سَيِّدَه لو باعَه لَم يصِر مَحْجورًا عليه .

(٢) (قوله : قال الأذرَعيُّ) أي وغيرُه ز .

(٣) (قوله : والظَّاهرُ أنَّ لِلولي إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : فإنْ أذنَ له في التِّجارَة) عُلِمَ منه أنَّه لا يشترِطُ أنَّه يُعَيِّنُ له ما يتجَرُّ فيه ز .

(٥) (قوله : كالمُخاصَمَةِ في العُهْدَة) العُهْدَةُ هي المُطالَبةُ الناشِئَةُ عن المُعامَلَةِ وما ذكرناه من تقييدِ المُخاصَمَةِ بكونِها في العُهْدَةِ ذكرَه الرَّافِعيُّ أيضًا وهو يدُلُّ على أنَّه لا يُخاصِمُ الغاصِبَ والسَّارِقَ ونحوهما وبه صَرَّحَ في عامِلِ القِراضِ وهو نَظِيرُ ما نحنُ فيه وما وقَعَ في المطْلَب هنا ينْبَغِي اجتنابُه . ح .

(٦) (قوله : لا نفسَه) يُستثنَى من مَنعِ إجارَةِ نفسِه ما إذا تعَلَّقَ حَقٌّ ثالِثٌ بكَسبه بسَبَب نِكاح بإذنِ سَيِّدِه أو ضَمانِه بإذنِه فإنَّ لِلمَأذونِ وغيرِه أنْ يُؤَجِّرَ نفسَه من غيرِ إذنِ السَّيِّدِ على الأصحِّ .

(٧) (قوله : ترَدُّدٌ لِلقاضي) الرَّاجِحُ المنعُ .

(٨) (قوله : فإنْ أذنَ له أنْ يتَّجِرَ في نوعٍ إلخ) احترَزَ من القدرِ والأجَلِ والحُلولِ فإنَّ الحالَ قد يقتضي إبدالَ ذلك بالمصلَحةِ كما في الوكيلِ قاله ابنُ الخيّاطِ قال وكان شيخي رَضِيُّ الدِّينِ يقولُ والنوعُ والمُدَّةُ كذلك .

(٩) (قوله : فإنْ قال اتَّجِر في هذا الألف) أو به .

(ولو أذِنَ المأذونُ لِعبدِه) الذي اشتراه لِلتّجارَةِ (في تصرُّفٍ مُعَيَّنٍ) كشِراءِ ثَوبٍ (جازَ) [١] ، لأنَّه يصدُرُ عن رَأْيِه ، ولأنَّه لا غِنَى به عن ذلك وفي مَنعِه منه تضيِيقٌ عليه وهذا ما صححه الإمامُ [٢] وجَزَمَ به الغزاليُّ ، ومُقتضَى كلامِ البَغَوِيّ مَنعُه لأنَّ السَّيِّدَ لم يرضَ بتصَرُّفِ غيرِه ، وقَضيَّةُ كلامِ الأصلِ ترجيحُ الأولِ فلِهذا رَجَّحَه المصنفُ تبعًا لِصاحِبِ الحاوِي الصَّغيرِ وغيرِه وإضافةُ عبدِ التجارَةِ إلى المأذونِ لِتصَرُّفِه فيه (لا في التِجارَةِ) فلا يجوزُ (إلا بإذنِ السَّيِّدِ) وينعَزِلُ الثاني بعَزلِ السَّيِّدِ له وإن لم ينتزِعه من يدِ الأولِ كما صرّحَ به الأصلُ وهو واضِحٌ (ولا يتبرَّعُ) [٣] هو أعَمُّ من قولِ أصلِه ولا يتصَدَّقُ (ولا يتَّخِذُ دَعوةً) بتثليثِ الدّالِ كما قاله ابنُ مالِكٍ وفتحُها أشهَرُ وهي الطَّعامُ المدعوُّ إليه (ولا يُنفِقُ على نفسِه من) مالِ (التِجارَةِ) ؛ لأنَّه مِلْكُ السَّيِّدِ فلا يفعَلُ شَيْئًا من ذلك وإن جَرَتْ به العادَةُ فعليه القياسُ أنَّه يُراجِعُ الحاكِمَ في غيبَةِ سَيِّدِه في الأخيرَةِ لكنْ قَيَّدَها ابنُ الرِّفعَةِ بحالَةِ اجتِماعِ سَيِّدِه معه أمَّا في غيبَتِه عنه فله الإنفاقُ على نفسِه [٤] من ذلك قال : لاطِّرادِ العادَةِ به (ولا يُعامِلُ سَيِّدَه) ولا مَأذونًا له آخَرَ ببيعٍ أو غيرِه من العُقودِ ، لأنَّ تصَرُّفَه لِسَيِّدِه ويدُ رَقيقِ السَّيِّدِ كيدِ السَّيِّدِ بخِلافِ المكاتَبِ لِما مَرَّ فيه (ولا يتَّجِرُ في أكسابِه) / ٢/١١١ بنَحوِ احتِطابٍ واصطيادٍ وقَبولِ هبَةٍ ووصيَّةٍ ، لأنَّه لم يحصُلْ بالتِجارَةِ ولا سَلَّمَه له السَّيِّدُ ليكونَ رَأْسَ مالٍ وقيلَ : يتَّجِرُ فيها ، لأنَّها من الأكساب والترجيحُ من زيادَتِه تبعًا للحاوِي الصَّغيرِ وغيرِه (ولا ينعَزِلُ بالإباقِ) [٥] ، لأنَّه مَعصيةٌ فلا يُوجِبُ الحجْرَ فله التصَرُّفُ حتّى بمَحَلِّ الإباقِ إلا إذا خَصَّ الإذنَ بغيرِه

(ولو أذِنَ لأمَتِه في التِجارَةِ فاستوْلَدَها لم تنعَزِلْ) لِبَقائِها على مِلْكِه

---

(١) (قوله : ولو أذنَ المأذونُ لِعبدِه في تصَرُّفٍ مُعَيَّنٍ جازَ) قال ابنُ يونُس في شرحِ الوجيزِ لا فرقَ بين أن يوكِّلَ عبدَه أو أجنَبيًا وإن خَصَّه الغزاليُّ بعبدِه وأنْ يوكِّلَ فيما يعجزُعنه قال الأذرَعيُّ وهو حَسَنٌ قال في الوسيطِ ولا فرقَ بين عبدِ المأذونِ والأجنَبيِّ وقال الغزاليُّ في البسيطِ : ولا خلاف في أنَّه يجوزُ التوكيلُ في آحادِ التصَرُّفات .

(٢) (قوله : وهذا ما صحَّحَه الإمامُ إلخ) قال الزَّركَشيُّ والوجهانِ فيما لا يعجزُ عنه أمَّا المحجوزُ عنه فيجوزُ قَطعًا أشارَ إليه الإمامُ وغيرُه وقولُه قال الزَّركَشيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ولا يتبرَّعُ) هو محمولٌ على ما إذا لَمْ يعلَمْ رِضا السَّيِّدِ به وإلا فيجوزُ .

(٤) (قوله : أمَّا في غيبَتِه عنه فله الإنفاقُ على نفسِه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ولا ينعَزِلُ بالإباقِ) وإنكارِ الرِّقِّ والتدبيرِ والرَّهنِ ولا بأنْ يُغصَبَ .

واستِحقاقِه مَنافعَها (وإقرارُه بدَيْنِ التِجارَةِ مَقبولٌ) (١) كما سَيأتي في باب الإقرارِ (حتّى) يُقبَلَ إقرارُه (لِبعضِه) من والِدٍ ولَدٍ كإقرارِ المريضِ لهما (ولا يبيعُ بنَسيئَةٍ و) لا (غَبنٍ) أي بدونِ ثَمَنِ المِثلِ (ولا يُسافِرُ) بمالِ التِجارَةِ إلا بإذنِ السَّيِّدِ كالوكيلِ في الثلاثَةِ ، أمَّا شِراؤُه بالنَّسيئَةِ فجائِزٌ صرّحَ به المتولّي وغيرُه ويُؤخَذُ من كلامِ الجُرجانيّ أنّه يجوزُ له (٢) أن يبيعَ بالعرَضِ كعامِلِ القِراضِ حيثُ قال : ويُفارِقُ المأذونُ العامِلَ في ثَلاثَةِ أشياءَ :

أحدِها : أنَّ الخُسرانَ (٣) على المأذونِ يكونُ في ذِمَّتِه يُتْبَعُ به إذا عَتَقَ ، وفي القِراضِ على رَبِّ المالِ .

والثّاني : الرُّجوعِ بالعهدِ على المأذونِ وفي القِراضِ على رَبِّ المالِ .

والثّالِثِ : أنَّ المأذونَ إذا اشترَى مَنْ يَعتِقُ على سَيِّدِه بغيرِ إذنِه صَحَّ الشِّراءُ على أحدِ القولَيْنِ ، والعامِلُ إذا اشتراه بغيرِ إذنٍ لم يصِحَّ قولا واحِدًا ، قال السُّبكيُّ : وقولُه : الخُسرانُ يُتبَعُ به إذا عَتقَ فيه نظَرٌ ، لأنَّ السَّيِّدَ والعبدَ لا يثبُتُ لأحدِهما على الآخَرِ شيءٌ (ولا يعزِلُ نفسَه) ، لأنَّ التصرُّف حَقٌّ عليه لِسَيِّدِه فلا يقدِرُ على إبطالِه بخِلافِ النِّكاحِ إذ الحقُّ فيه له ، وبخِلافِ الوكيلِ إذ ليس عليه طاعَةُ مُوكِّلِه والرَّقيقُ عليه طاعَةُ سَيِّدِه

(ومَن له سَيِّدانِ اشتُرِطَ إذنُهما) كما في النِّكاحِ فيكونُ مَأذونًا لِكُلٍّ منهما ووكيلا له بإذنِ الآخَرِ ، وهذا إذا لم تكنْ بينهما مُهايأَةٌ فإنْ كانتْ فأذِنَ له أحدُهما في نَوْبَتِه قال القاضي في فتاوِيه يُحتمَلُ أنْ يبني على أنَّ الأكسابَ النَّادِرَةَ هل تدخُلُ في المهايأَةِ وفيه وجهانِ انتهى ، وأصَحُّهما نَعَم (٤) فيكفي إذنُه في أن يتَّجِرَ قدرَ نَوْبَتِه .

(فرعٌ : إذا لم نَعرِف رِقَّ رَجُلٍ فلَنا مُعامَلَتُه) إذ الأصلُ والغالِبُ في النَّاسِ

---

(١) (قولُه وإقرارُه بدَيْنِ التِّجارَةِ مَقبولٌ) قال في البحرِ ولو أقرَّ بعَيْنٍ في يدِه أنَّها مَغصوبةٌ أو وديعَةٌ أو عاريَةٌ لم يصِحَّ إقرارُه وإنَّما يصِحُّ إقرارُه بمُعامَلَةٍ تتعلَّقُ بالتِّجارَةِ وذكرَ شُرَيْحٌ الرُّويانيُّ في روضَته أنَّه لو أحاطَتْ بالمأذونِ الدُّيونُ فأقرَّ بشيءٍ مِمّا في يدِه أنّه لِسَيِّدِه استعارَه منه قُبِلَ وقيلَ لا يُقبَلُ .

(٢) (قوله : ويُؤخَذُ من كلامِ الجُرجانيّ أنّه يجوزُ له إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : أحدُها أنَّ الخُسرانَ) يعني دُيونَ التِّجارَةِ .

(٤) (قوله : وأصحُّهما نَعَم إلخ) جزَمَ به بعضُهم وهو الأصحُّ .

الحُرِّيَّةُ (لا إنْ عَلِمناه) أي رِقَّه ونُعامِلُه حِفظًا لِمالِنا (حتّى نَعلمَ الإذنَ) ⁽¹⁾ له (بالبيِّنَةِ أو سَماعِ السَّيِّدِ) أي أو بسَماعِنا منه الإذنَ له (وكذا بالإشاعَةِ) له بين النَّاسِ (لا بقولِه) ⁽²⁾ أي الرَّقيقِ ، وإنْ ظَنَنَّا صِدقَه ، لأنَّه يُثبِتُ لِنفسِه وِلايةً وكما لو زَعَمَ الرَّاهنُ إذنَ المرتهنِ في بيعِ المرهونِ وفرَّقوا بينه وبين الوكيلِ ⁽³⁾ بأنَّ الوكيلَ لا يحتاجُ إلى دَعوى الوكالَةِ بل تجوزُ مُعامَلَتُه بناءً على ظاهرِ الحالِ لأنَّه صاحِبُ يدٍ بخِلافِ الرَّقيقِ ، وقَضيَّةُ ما ذُكِرَ أنَّه لا يكفي خَبَرُ عَدلٍ واحِدٍ قال السُّبكيُّ : وينبَغي أنْ يكفي ⁽⁴⁾ لِحُصولِ الظَّنِّ به وإنْ لم يكفِ عِندَ الحاكِمِ إلحاقًا له بالشُّفعَةِ ، وكما أنَّ سَماعَه من السَّيِّدِ والشُّيوعِ وقولُ الوكيلِ كذلك ⁽⁵⁾ ، وقَضيَّةُ كلامِه الاكتِفاءُ بالنِّساءِ وبالمرأةِ وبالعبدِ ، ولكنَّ قَضيَّةَ كلامِ المطلَب خِلافُه ولم أرَه لِغيرِه بل استبعَدَه الأذرَعيُّ وقال : ينبَغي الاكتِفاءُ بخَبَرِ العدلِ الواحِدِ بل خَبَرُ مَن يثِقُ به ⁽⁶⁾ من عبدٍ وامرأةٍ بل يظهَرُ أنَّه أولى من شُيوعٍ لا يعرفُ أصله وذكرَ نحوه الزَّركشيُّ ثُم قال ⁽⁷⁾ : وهل المرادُ بالبيِّنَةِ ما تُقامُ بين يدَيْ الحاكِمِ أو إخبارِ عَدلَيْنِ له الظَّاهرُ الثاني ⁽⁸⁾ .

(فإذا عامَلَ رَقيقًا) وجَهِلَ الإذنَ له (أو مَن أنكَرَ) هو (وكالَته فبانَ مَأذونًا) له في الأُولى (أو وكيلا) في الثانيةِ (صَحَّ) كمَن باعَ مالَ أبيه ظانًّا حَياته فبانَ مَيِّتًا ، ومِثلُه ما لو عامَلَ مَنْ عُرِف سَفهه ثُم تبَيَّنَ أنَّه كان قد انفكَّ حَجْرُه (ولا تصِحُّ مُعامَلَتُه) أي المأذونِ له (ولا) مُعامَلَةُ (الوكيلِ إنْ قال : حجَرَ عليَّ) ⁽⁹⁾

---

(١) (قولُه حتى نَعلَمَ الإذنَ) المُرادُ بالعِلمِ غَلَبةُ الظَّنِّ .

(٢) (قوله : لا بقوله إلخ) وقال بعضهم يكفي قولُه إذا غَلَبَ على الظَّنِّ صِدقُه .

(٣) (قوله : وفرَّقوا بينه وبين الوكيلِ إلخ) قال ابنُ الرِّفعَةِ وهذا يقتضي تخصيصَ مَسألَةِ الوكيلِ بحالَةِ جَهْلِه بحالِه وقد يُفهَمُ أنَّه لو عَلِمَ أنَّ ما تولَّى بَيْعَه مملوكٌ لِغيرِه لا يجوزُ أنْ يشتريه منه لو سَكَت والحقُّ أنَّه يجوزُ أنْ يشتريه منه ولو عَلِمَ الحالَ ولَم يدَّعِ الوكالَةَ لِوُجودِ اليدِ الشاهدَةِ بالمِلكِ .

(٤) (قوله : قال السُّبكيُّ وينبَغي أنْ يكفي) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وكما أنَّ سَماعَه من السَّيِّدِ والشُّيوعِ وقولِ الوكيلِ كذلك) قال شيخُنا أي يُكتَفى بالسَّماعِ ممَّن ذُكِرَ أمَّا الحاكِمُ فلا يكفي عندَه إلا البيِّنَةُ أو سَماعُه من السَّيِّدِ . كا .

(٦) (قوله : بل خَبَرَ مَن يثِقُ به إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : ثم قال) أي كالأذرَعيِّ .

(٨) (قوله : الظَّاهرُ الثاني) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٩) (قوله : إنْ قال حُجِرَ عليَّ إلخ) ما الحُكمُ إذا جَحَدَ إذنَ السَّيِّدِ له أيكونُ كالوكيلِ أم كقولِه ...=

أي حَجَرَ عليَّ سَيِّدي أو مُوكِّلي (ولو كذَّبَه السَّيِّدُ والموكِّلُ) في ذلك بأن قال : لم أحجُر عليه ، لأنَّ العقدَ باطِلٌ بزَعمِ العاقِدِ فلا يُعامَلُ بقولِ غيرِه وتكذيبُ السَّيِّدِ أو الموكِّلِ له لا يستلزِمُ الإذنَ له كما لو قال ابتِداءً : لا أمنعُك من التصَرُّفِ لا يستلزِمُ ذلك ، لأنَّ عَدَمَ المنعِ أعَمُّ من الإذنِ ، نَعَم لو قال : كُنت أذِنت له وأنا باقٍ جازَتْ [1] مُعامَلَتُه ، وإن أنكرَ ذَكرَ ذلك الزَّركشيُّ في مَسألَةِ العبدِ ، ويُؤخَذُ منه أن يحِلَّ مَنعَ مُعامَلَتِه فيما إذا كذَّبَه السَّيِّدُ [2] أن يكونَ المعامِلُ له سَمِعَ الإذنَ من غيرِ السَّيِّدِ [3] وإلا جازَتْ مُعامَلَتُه [4] ، وهو ظاهِرٌ بل ينبَغي أن يُقال : حَيثُ ظَنَّ
١١٢/٢ كذِبَ العبدِ [5] / جازَتْ مُعامَلَتُه [6] ، ثُم إن تبَيَّنَ خِلافُه بَطَلَتْ وإلا فلا وذِكرُ مَسألَةِ الوكيلِ من زيادَةِ المصنفِ (ولِمَن عَلِمَه مَأذونًا وعامله أن لا يُسَلِّمَ إليه) العِوضَ (حتى يثبت) أي يُقيمَ بَيِّنَةً (بالإذنِ) خَوفًا من خَطَرِ إنكارِ السَّيِّدِ كما لو صَدَّقَ مُدَّعي الوكالَةَ بقبضِ الحقِّ له أن يمتنِعَ من التسليمِ حتى يشهَدَ بها ، قال الزَّركشيُّ : ينبَغي تصويرُها [7] بما إذا عَلِمَ الإذنَ بغيرِ البَيِّنَةِ ، فإن عَلِمَه بها فليس له الامتِناعُ لِزَوالِ المحذورِ والأصلُ دَوامُ الإذنِ .

(فصلٌ) لو (خرج ما باعَه) المأذونُ (مُستحَقًّا وقد تلِف العِوضُ في يدِه) بل أو في غيرِها (طولِبَ) ببَدَلِه (وإنْ عتَقَ) ، لأنَّه المباشِرُ للعَقدِ ولتوجُّه المطالَبَةِ عليه قبلَ عِتقِه (ويُطالَبُ به السَّيِّدُ أيضًا) وإن كان في يدِ العبدِ وفاءٌ ؛ لأنَّ العقدَ له ولا يُنافيه ما سَيأتي من أنَّه لا يتعَلَّقُ بذِمَّتِه إذ لا يلزَمُ من المطالَبَةِ بشيءٍ ثُبوتُه في الذِّمَّةِ بدَليلِ مُطالَبَةِ القَريبِ بنفقةِ قَريبه والموسِرِ بنَفقَةِ المضطَرِّ واللقيطِ إذا لم يكنْ له مالٌ ، والمرادُ أنَّه يُطالَبُ ليُؤدِّيَ مِمَّا في يدِ العبدِ لا من غيرِه ولو مِمَّا كسَبَه العبدُ بعدَ

= حَجَرَ عليه السَّيِّدُ ولِمَ لا يُفرِّقُ في الجحْدِ بين أنْ يكونَ لِغَرَضٍ أو نِسيانٍ أم لا ويظهَرُ أنَّه لا بُدَّ من التفريقِ ويكونُ كَقولِه حَجَرَ عليه السَّيِّدُ .

(١) (قوله : نَعَم لو قال كُنت أذنتُ له وأنا باقٍ جازَتْ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فيما إذا كذَّبَه السَّيِّدُ) أو الموكِّلُ .

(٣) (قوله : سَمِعَ الإذنَ من غيرِ السَّيِّدِ) أو الموكِّلِ .

(٤) (قوله : وإلا جازَتْ مُعامَلَتُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : حيثُ ظَنَّ كذبَ العبدِ) أي أو الوكيلُ .

(٦) (قوله : جازَتْ مُعامَلَتُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : قال الزَّركَشيُّ ينبَغي تصويرُها إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

الحجرِ [١] عليه ، وصارَ كالوارثِ في التركةِ يُطالَبُ بالوفاءِ بقدرِها فقط ذَكرَه البُلْقينيُّ وغيرُه ، [٢] وفائِدَةُ مُطالَبَةِ السَّيِّدِ بذلك إذا لم يكنْ في يدِ العبدِ مالٌ احتمالُ أنَّه يُؤَدِّيه ، لأنَّ له به علقَةً في الجُملَةِ ، وإنْ لم تلْزَم ذِمَّتُه فإنْ أدَّاه بَرِئَتْ ذِمَّةُ العبدِ وإلا فلا ويُطالَبُ كُلٌّ منهما أيضًا بثَمَنِ المبيعِ كما صرّحَ به الأصلُ مع إلحاقِ الوكيلِ والموكِّلِ بهما ، ومَسألَةُ الإلحاقِ ذَكرَها المصنفُ في كِتابِ الوكالَةِ ، ومَحَلُّ ذلك في البيعِ الصَّحيحِ ، لأنَّ الإذنَ لا يتناولُ الفاسِدَ فالمأذونُ في الفاسِدِ كغيرِ المأذونِ فيتعَلَّقُ الثَّمَنُ بذِمَّتِه لا بكسبه صرّحَ به البَغَوِيّ ، (ومِثلُه) فيما ذَكرَ (الموكِّلُ ورَبُّ مالِ القِراضِ) فيُطالَبانِ بذلك كما يُطالَبُ به الوكيلُ والعامِلُ ولو بعدَ عَزلِهما سواءٌ أدَفعَ رَبُّ المالِ إليهما الثَّمَنَ أم لا (ولو غَرِمَ) العبدُ ذلك (بعدَ العِتْقِ لم يرجِع على السَّيِّدِ) ، لأنَّ ما غَرِمَه مُستحَقٌّ بالتصرُّفِ السَّابقِ على عِتقِه وتقَدُّمُ السَّبَب كتقَدُّمِ المسَبَّب ، فالمغَرَّمُ بعدَ العِتقِ كالمغَرَّمِ قبله وهذا كما لو أعتقَ السَّيِّدُ عبدَه الذي آجَرَه في أثناءِ مُدَّةِ الإجارَةِ لا يرجِعُ عليه بأُجرَةِ مِثلِه للمُدَّةِ التي بعدَ العِتقِ .

(فصلٌ : لو أعطاه) سَيِّدُه (ألفًا) مَثَلا (لِلتِّجارَةِ) فيه (فاشترَى) شَيْئًا (في ذِمَّتِه لا بعَيْنِه ثُم تلِفَ) الألفُ (قبلَ تسليمِه) للبائعِ (لم ينفسِخْ) عَقدُه (بل للبائعِ الخيارُ إنْ لم يُوفِه السَّيِّدُ) وقيلَ : ينفسِخُ لِفواتِ مَحَلِّ الإذنِ ، وإنَّما لم يُطالَب السَّيِّدُ على الأولِ ببَدَلِ الألفِ كما هو وجه كسائرِ دُيُونِ المعامَلاتِ لانقِطاعِ العلقَةِ هنا بتلَفِ ما دَفعَه من غيرِ أنْ يخْلُفه شيءٌ من كسب المأذونِ ، ويُفارِقُ نَظيرَه في عامِلِ القِراضِ [٣] والوكيلِ حَيثُ صحّح النَّوويُّ في تصحيحِه وُقوعَ العقدِ للأولِ ، ونقَلَ المتولِّي وُقوعَه لِلثَّاني في وجهٍ يظْهَرُ ترجيحُه [٤] بأنَّ العبدَ ليس أهلاً للمِلْكِ ويدُه

---

(١) (قوله : ولو مِمَّا كَسَبَه العبدُ بعدَ الحجرِ إلخ) قال شيخُنا الغايةُ راجِعَةٌ لِما بعدَ لا والمعنَى أنَّ ما كَسَبَه بعدَ الحجرِ لا يُؤَدِّي منه .

(٢) (قوله : ذَكرَه البُلقينيُّ وغيرُه) أي كالزَّركَشيِّ وابنِ العِمادِ .

(٣) (قوله ويُفارِقُ نَظيرَه في عامِلِ القِراضِ إلخ) فرَّقَ في التتمَّةِ بأنَّ دَيْنَ الوكيلِ يلزَمُ في ذمَّةِ الموكِّلِ إذ ليس هناكَ مَحَلٌّ آخَرُ يتعلَّقُ به فإنَّ أكسابَ الوكيلِ ليستْ له وأمَّا دُيونُ المأذونِ فلا تثْبُتُ في ذمَّةِ السَّيِّدِ لأنَّه عَيَّنَ لِدُيونِه مَحَلاً يتَّسِعُ لِلدُّيونِ وتتعَلَّقُ به وإذا لم تتعَلَّق بذمَّته لِوُجودِ مَحَلٍّ تتعَلَّقُ به أمَرناه بالقضاءِ من الكَسب وإنَّما كان الأصحُ في عامِلِ القِراضِ انقلابَ العقدِ إليه لِتقصيرِه في عَدَمِ احتياطِه فيما يحْصُلُ به الرِّبحُ ويُخالِفُ الوكيلَ فإنَّه مُتبَرِّعٌ فلا يُناسِبُ التغليظَ عليه بإلزامِ ما أوقَعَه لِغيرِه .

(٤) (قوله : في وجهٍ يظْهَرُ ترجيحُه) الأصحُّ عَدَمُ وُقوعِ العقدِ لِلعامِلِ والوكيلِ .

كيدِ سَيِّدِه بخِلافِ العامِلِ والوكيلِ ولم يُرجِّحِ الأصلُ في مَسألَتَيهما شَيْئًا بل ولم يحكِ ما صحّحه هنا من التخييرِ في مَسألَةِ القِراضِ وجهًا **(وإن اشترَى بعَيْنِه** [1] **انفسَخَ)** العقدُ كما لو تلِف المبيعُ قبلَ القبضِ وقولُ الرَّوْضَةِ عن التهذيب : ولو اشترَى المأذونُ شَيْئًا بعَرَضٍ فتلِف الشيءُ ثُم خرج العرَضُ مُستحَقًّا فالقيمَةُ في كسبه أم على السَّيِّدِ وجهانِ حَذَفه المصنفُ ليُفيدَ الترجيحَ فإنَّه كنَظائِرِه فيُطالَبُ كُـلٌّ منهما والحقُّ مُتعَلِّقٌ بما في يدِ العبدِ .

(فصلٌ : تتعَلَّقُ دُيونُ التِجارَةِ) [2] المأذونِ فيها لِلرَّقيقِ **(بما في يدِه)** [3] من مالِ التِجارَةِ الحاصِلَةِ قبلَ الحجرِ عليه [4] أصلا وربحًا ، لأنَّها لَزِمَتْ بمُعاوضَةٍ بالإذنِ كالنَّفقَةِ في النّكاحِ **(وكذا بأكسابه)** الغالِبَةِ والنَّادِرَةِ قبلَ الحجرِ عليه كاحتِطابِ واصطِيادٍ وقَبولِ هبَةٍ ووصيَّةٍ كما يتعَلَّقُ بها المهْرُ ومُؤَنُ النّكاحِ **(ولا تتعلَّقُ برَقَبَتِه)** لِلُزومِها برِضا مُستحِقِّها كاقتِراضِه بغيرِ إذنِ سَيِّدِه **(وأرشِ جِنايتِه)** أي ولا بأرسِ
١١٣/٢ الجِنايةِ على المأذونِ ، لأنَّه بَدَلُ رَقَبَتِه **(ولا مَهرِها)** [5] / أي المأذونَـةِ [6] **(إن كانتْ أمَةً)** لأنَّه بَدَلُ بُضعِها وهو لا يتعَلَّقُ به الدُّيونُ فكـذا بَدَلُه ولا تتعَلَّقُ أيضًا

---

(١) (قوله : وإنِ اشترَى بعَيْنِه إلخ) فإنْ عادَ الألفُ إلى العبدِ بفسخٍ طَرَأَ فهل يتَّجِرُ فيه بلا إذنٍ جَديدٍ وجهانِ أصحُّهما أنَّ له ذلك .

(٢) (قوله : تتعَلَّقُ دُيونُ التِّجارَةِ إلخ) شَمِلَ ما لَزِمَه بشِراءٍ فاسِدٍ كما حَكاه الجوريُّ عن ابنِ سُرَيْجٍ

(٣) (قوله : بما في يدِه) قال الرَّافِعِيُّ لو كان في يدِه شيءٌ لا يتعَلَّقُ بالتِّجارَةِ كالقرضِ فلا يُؤَدِّي منه لكنْ في تصويرِه عُسرٌ لأنَّه إنِ اقترَضَ لِنفسِه فالقرضُ فاسِدٌ أو لِلتِّجارَةِ بإذنِ سَيِّدِه فقَريبٌ فيُحمَلُ عليه لكنْ ينبَغي أنْ يُؤَدِّي منه لأنَّه مالُ تجارَةٍ ع .

(٤) (قوله : الحاصِلَةُ قبلَ الحجرِ عليه) لا ما تاجَرَ فيه بعدَ الحجرِ عليه لأنَّه ليس مالَ تجارَةٍ أي بأنْ أحدَثَ له إذنًا فيها .

(٥) (قوله : ولا مَهرَها) ما ذكرَه هنا من عَدَمِ التعلُّقِ بالمهرِ وجَزَمَ به ولَـم يذكُر في الباب خلافه قد جَزَمَ بعَكسِه في كِتاب النّكاحِ في باب المولى عليه وستَعرِفُ لَفظَه في موضِعِه فراجِعه اهـ وعِبارَةُ الرَّافِعِيِّ هناكَ وإذا كان لِعبدِه المأذونِ له في التِّجارَةِ أمَةٌ وكان عليه دَيْنٌ فزَوَّجَها بإذنِ العبدِ دونَ الغُرَماءِ لَم يصِحَّ على أصحِّ الوجهَيْنِ ووطؤُه هذه الجارِيةَ كالتزويجِ وإذا وطِئَ بغيرِ إذنِ الغُرَماءِ فهل عليه المهْرُ فيه وجهانِ زادَ في الرَّوْضَةِ قلت لَعَلَّ أصحَّهما الوُجوبُ لأنَّ مَهرَها مِمَّا يتعَلَّقُ به حَقُّ الغُرَماءِ اهـ واعترَضَ بأنَّه لا تخالُف بين الموضِعَيْنِ فإنَّ الكلامَ هنا في مَهرِ المأذونَةِ نفسِها والذي في النّكاحِ في أمَةِ المأذونِ والفرقُ بينهما ظاهِرٌ فإنَّ أمَةَ المأذونِ من جُملَةِ أموالِ التِّجارَةِ بخلافِ المأذونَةِ نفسِها .

(٦) (قوله : أي المأذونَةُ) خَرَجَ بمَهرِ المأذونَةِ مَهرُ أمَةِ التِّجارَةِ فإنَّه يتعَلَّقُ به دُيونُ الغُرَماءِ .

بسائرِ أموالِ السَّيِّدِ كأولادِ المأذونَةِ **(ولا بذِمَّةِ السَّيِّدِ وإنْ أعتقَـه)** أو باعَه ، لأنَّه المباشِرُ ، والتصريحُ بقولِه : وإنْ أعتقَه من زيادَتِه **(ولا بكسبه)** أيِ المأذونِ **(بعدَ الحجْرِ)** عليه ، لأنَّه ليس مالُ التِجارَةِ ولا كسبُ المأذونِ قبلَ الحجْرِ **(فإنْ تصرّف السَّيِّدُ في المالِ)** [١] الذي بيدِ المأذونِ ببيعٍ أو غيرِه وعليه دَيْنٌ **(بغيرِ إذنِ العبدِ المأذونِ (أو الغُرَماءِ لم يصِحَّ)** تصرُّفُه ، لأنَّ الدَّيْنَ [٢] مُتعَلِّقٌ بذِمَّةِ العبدِ للغُرَماءِ ولم يرضَ الجميعُ **(وغَرِمَه)** يعني غَرِمَ بَدَلَ المالِ إنْ لم يزِد على قدرِ الدَّيْنِ وإلا غَرِمَ بقدرِه **(أو)** تصرّف فيه **(بإذنِهم)** أيِ العبدُ والغُرَماءُ **(جَميعًا صَحَّ)** لارتِفاعِ المانِعِ **(وتعَلَّقوا)** أيِ الغُرَماءُ **(بذِمَّـةِ العبدِ)** فيُطالِبونَه بعدَ عِتقِه لِتوجُّه مُطالَبَتِه قِبَله ، ولأنَّ مُعامِله لمَّا رَضِي بمُعامَلَتِه معه فكأنَّه رَضِي بكونِ الدَّيْنِ في ذِمَّتِه إلى عِتقِه إذا لم يكنْ كسبٌ ولا مالُ تِجارَةٍ **(كما يتعَلَّقُ)** بذِمَّتِه ما **(يفضُلُ عليه من دُيُونِها)** فيُطالَبُ به بعدَ عِتقِه **(وإنْ لم يكن في يدِه مالٌ وقتَله السَّيِّدُ فلا شيءَ لهم بقَتْلِه)** وإنْ فوَّت الذِّمَّةَ كما لو قَتَلَ حُرًّا وعليه دَيْنٌ لا يلزَمُه أداؤُه ، **(وللسَّيِّدِ بيعُ ما في يدِه)** أيِ المأذونِ **(حيثُ لا دَيْنَ)** عليه ولم يُقَدِّم عليه حَجْرًا وكالبيعِ سائِرُ التصرُّفاتِ .

(فرعٌ : لا يشتري) المأذونُ **(مَن يَعتقُ على سَيِّدِه)** بغيرِ إذنِه فلو خالَف لم يصِحَّ لِتضَرُّرِ سَيِّدِه بعِتقِه المتضمِّنِ فوات الثَمَنِ بلا مُقابلٍ **(فإنْ أذِنَ)** له **(صَحَّ)** الشِّراءُ ، **(وهـلْ يَعتقُ)** عليه أو لا ينظُـرُ **(إنْ كـان العبدُ مَديُونًـا ؟)** قال في الأصلِ : فيه قولانِ أحدُهما : لا يُعتقُ والثاني : يُعتقُ ويغرَمُ قيمَته للغُرَماءِ وقال المصنفُ : من زيادَتِه تبعًا لِصاحِب المهمَّاتِ **(فيه التفصيلُ في إعتاقِ الرَّاهِنِ)** للمَرهونِ بين الموسِرِ والمعسِرِ قال في المهمَّاتِ : وهو ما أشارَ إليه الرَّافعيُّ في باب القِراضِ ، ونَقَله في المطلَب عن الأصحاب فهو الصَّحيحُ ، ولا يُتَّجه غيرُه وإنْ لم يكنْ مَديُونًا عَتقَ **(ولو باعَه)** أي باعَ السَّيِّدُ المأذونَ **(أو أعتقَه صارَ مَحجورًا عليه)** لأنَّ إذنَه له استِخدامٌ ، وقد خرج عن أهليَّتِه لا توكيلٌ وفي معنى ذلك كُلُّ ما يُزيلُ

---

(١) (قوله : فإنْ تصرَّف السَّيِّدُ في المالِ إلخ) قال الأذرَعيُّ الوجه إنفاذُ عِتقِه إذا كان موسِرًا حيث ينفُذُ إعتاقُ الرَّاهِنِ والوارِثِ ومالِكِ الجاني ويُؤخَذُ مِمَّا ذكرَه أنَّ العبدَ يصيرُ مَحجورًا عليه لِلغُرَماءِ بنفسِ الدَّيْنِ ولا الحاكِمَ وهي مَسألَةٌ نَفيسَةٌ كان بعضُ فُقَهاءِ العصْرِ يتوقَّفُ فيها وكذلك السَّيِّدُ يصيرُ مَحجورًا عليه في أموالِ العبدِ لِحَقِّ الغُرَماءِ ولِحَقِّ العبدِ .

(٢) (قوله : لأنَّ الدَّيْنَ إلخ) وإنْ لَم يستغرِق ما بيدِه .

المِلْك كهبَةٍ ووقفٍ وفي كِتابَتِه وجهانِ جَزَمَ في الأنوار بأنَّها حَجْرٌ [١] ، والأوجَه أنَّ إجارَته كذلك (وتحِلُّ دُيُونُه المؤَجَّلَةُ) عليه (بمَوْتِه) كما تحِلُّ الدُّيُونُ التي على الحُرِّ بمَوْتِه فتُؤَدَّى من الأموالِ التي كانتْ في يدِه .

(فرعٌ) لو (أذِنَ له أنْ يتَّجِرَ ولم يُعطِه مالا ولم يُعَيِّنْ) له (نَوْعًا يتَّجِرُ فيه جازَ) فيشتري في ذِمَّتِه ويبيعَ كالوكيلِ وقيلَ لا يجوزُ والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه [٢] .

(فصلٌ : لو قَبِلَ الرَّقيقُ) ولو سَفيهًا (هبَةً أو وصيَّةً بلا إذنٍ صَحَّ) وإنْ نَهاه سَيِّدُه عن القَبولَةِ ؛ لأنَّه اكتِسابٌ لا يعقُبُ عِوضًا كالاحتِطاب نَعَم إن كان الموهوبُ أو الموصَى به بعضًا لِلسَّيِّدِ تجِبُ عليه نَفقَتُه حالَ القَبولِ لِنَحوِ زَمانَةٍ أو صِغَرٍ لم يصِحَّ القَبولُ ونَظيرُه قَبولُ الوليِّ لِمُولِّيه ذلك (ودَخَلَ مِلْكَ السَّيِّدِ قَهْرًا) كعِوضِ الخُلْعِ [٣] بغيرِ إذنِه ويُسَلِّمُ المالَ له لا لِلرَّقيقِ (ولو اشترَى أو اقترَضَ) بلا إذنٍ (لم يصِحَّ) لِما عُلِمَ من أولِ البابِ (ولِلمالِكِ استِردادُه) أي ما ذُكِرَ من المبيعِ أو المقرَضِ سواءٌ أكان بيدِ الرَّقيقِ أم بيدِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه لم يخرُجْ عن مِلْكِه (وإنْ أتْلَفه) الرَّقيقُ مُطلَقًا أو تلِف في يدِه (تعَلَّقَ) الضَّمانُ (بذِمَّتِه) فيُطالَبُ به بعدَ عِتقِه ؛ لأنَّه وجَبَ برِضا مُستحِقِّه ولم يأذَنْ فيه السَّيِّدُ وضابطُ تعَلُّقِ الحُقوقِ بالرَّقيقِ أنَّها إنْ ثبَتت بغيرِ اختيارِ أربابِها كإتْلافٍ وتلَفٍ بغَصبٍ تعَلَّقَتْ برقَبَتِه أو باختيارِهم كما في المعامَلاتِ فإنْ كان بغيرِ إذنِ سَيِّدِه تعَلَّقَتْ بذِمَّتِه يُتْبَعُ بها بعدَ عِتقِه أو بإذنِه تعَلَّقَتْ بذِمَّتِه وكسبه ومالِ تِجارَتِه كما مَرَّ ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : وحَيثُ قُلْنا : تتعَلَّقُ بكسبه لَزِمَه أنْ يكتسِبَ للفاضِلِ قال الزَّركشيُّ : وفيه نَظَرٌ لِما سَيأتي في المفلِسِ

(وإنْ قَبَضَه) منه (السَّيِّدُ وتلِف) ولو في غيرِه (فله) أي للمالِكِ (مُطالَبَةُ السَّيِّدِ) لِوضعِ يدِه (وكذا العبدُ إنْ عَتقَ) لِذلك (وإنْ أدَّى) الرَّقيقُ (الثَّمَنَ من مالِ السَّيِّدِ فله استِردادُه) ؛ لأنَّه لم يخرُجْ عن مِلْكِه (ولا ضَمانَ على سَيِّدِه) وإن

---

(١) (قولُه جَزَمَ في الأنوارِ بأنَّها حَجْرٌ) أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه والأوجَه إلخ .

(٢) (فرعٌ) لو (أذنَ له أنْ يتَّجِرَ ولَم يُعطِه مالا ولَم يُعَيِّن) له (نوعًا يتَّجِرُ فيه جازَ) فيشتري في ذمَّته ويبيعَ كالوكيلِ وقيلَ لا يجوزُ والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَته .

(٣) (قوله : كَعِوضِ الخُلعِ) يُنظَرُ فيما إذا وقَعَ الخُلْعُ مع العِتقِ أيملِكُه السَّيِّدُ أو العتيقُ .

(رَأى المبيعَ) (١) مَثَلا مع عبدِه (فلم يأخُذه من العبدِ) ؛ لأنَّه وجَبَ برِضا مُستحِقِّه (٢) ولم يأذَن هو فيه .

(فرعٌ : للعبدِ تأجيرُ) المعروفِ إجارَةً أو إيجارَ (نفسِه بإذنِ السَّيِّدِ وكذا بيعُها ورَهنُها) إذ لا مانِعَ (ولو توكَّلَ لِغيرِه فيما لَزِمَ ذِمَّتَه عُهْدَةٌ) كبيعٍ وشِراءٍ (بلا إذنٍ) من سَيِّدِه (لم يصِحَّ) لِتعَلُّقِ العُهْدَةِ بالوكيلِ بخِلافِه فيما يلزَمُ ذلك كطَلاقٍ وقَبولِ نِكاحٍ فإنَّه يصِحُّ ، والتصريحُ بقولِه : فيما يلزَمُ ذِمَّتَه عُهدَةٌ من زيادَتِه وهو ساقِطٌ من بعضِ النُّسَخِ .

١١٤/٢ / (فصلٌ : إذا مَلَّكَه) أيِ القِنَّ (السَّيِّدُ) أو غيرُه المفهومُ بالأُولى (مالا لم يملِكه) (٣) لِما مَرَّ في الباب قبله (والمدَبَّرُ والمعَلَّقُ عِتقُه) وأُمُّ الولَدِ (كالقِنِّ) فلا يملِكُونَ شَيئًا لِذلك (وإنْ مَلَّك) المبعَّضُ (ببعضِه الحُرِّ مالا فاشترَى به جاريةً مَلَكها) ؛ لأنَّه أهلٌ للمِلكِ (ولم يحِلَّ له وطؤُها) ولو بإذنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ بعضَه مملُوكٌ ، والوطءُ يقَعُ بجَميعِ بَدَنِه لا ببعضِه الحُرِّ فقط (وليس للمُكاتب التسَرِّي ولو بالإذنِ) لِضَعفِ مِلكِه ولِلخَوفِ من هَلاكِ الأمَةِ بالطَّلْقِ ولو عبَّرَ بَدَلَ التسَرِّي بالوطءِ كان أولى ؛ لأنَّه أخَصُّ منه لاعتِبارِ الإنزالِ فيه بخِلافِ الوطءِ ، وتعبيرُه بما قاله أولى من بناءِ أصلِه ذلك مع الإذنِ على القولَينِ في تبرُّعِه لإشعارِه برُجحانِ الجوازِ ؛ لأنَّه الصَّحيحُ في التبرُّعِ بالإذنِ ، لكنَّ الصَّحيحَ المنعُ كما ذَكرَه في باب الكِتابَةِ وصَوَّبَه الإسنَوِيُّ ونَقَله عن النَّصِّ ثَمَّ ، ومَسألَتُنا المبعَّضُ والمكاتبُ مَذكُورَتانِ في باب نِكاحِ الرَّقيقِ أيضًا بل الثانيةُ مَذكُورَةٌ أيضًا في باب الكِتابَةِ .

* * *

---

(١) (قوله : ولا ضَمانَ على السَّيِّدِ وإنْ رَأى المبيعَ إلخ) في يدِه .

(٢) (قوله : لأنَّه وجَبَ برِضا مُستحِقِّه) بخلافِ اللُّقَطَةِ إذا ترَكَها في يدِه حتى تلِفت يضمَنُها في الأصحِّ .

(٣) (قوله : إذا مَلَّكَه السَّيِّدُ مالا لَم يملِكه) لقوله تعالى : ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلا عبدًا مملوكًا لا يقدِرُ على شيءٍ﴾ وكما لا يملِكُ بالإرثِ ولأنَّه مملوكٌ كالبهيمَةِ .

(بابُ اختِلافِ المتبايِعَيْن) أو مَنْ يقومُ مَقامَهما

(هو أنْ يختلِفا [١] أو) يختلِف (وارِثاهما) أو أحدُهما ووارِثُ الآخَرِ [٢] (بعدَ صِحَّةِ العقدِ [٣] في قدرِ الثَّمَنِ) كمِائَةٍ وتِسعينَ (أو صِفتِه) كصِحاحٍ ومُكسَّرَةٍ (أو جِنسِه) كذَهَبٍ وفِضَّةٍ (أو الخيارِ أو الأجَلِ أو الرَّهْنِ أو الضَّمينِ) أو قدرِ كُلٍّ من الأربعَةِ أو غيرِ ذلك مِمَّا يصِحُّ شرطُه سواءٌ أكان العِوضانِ باقيَيْنِ أم لا قُبِضا أو لم يُقبَضا ، (وكذا) إن اختلَفا (في قدرِ المبيعِ) [٤] أو صِفتِه أو جِنسِه (بأنْ قال) البائِعُ : (بعتُك العبدَ بألفٍ) مَثَلا (فقال المشتري : بل) بعتني بها (العبدَ والجاريةَ فيتحالَفانِ) [٥] بأنْ يحلِف كُلٌّ منهما يمينًا واحِدَةً تجمَعُ نفياً وإثباتًا كما سيأتي ، أمَّا حَلِفُ كُلٍّ منهما فلِخَبَرِ مُسلِمٍ[٦] «اليمينُ علي المدَّعَى عليه»[٧] وكُلٌّ منهما مُدَّعَى عليه كما أنَّه مُدَّعٍ ، واحتجَّ له أيضًا بخَبَرِ «إذا اختلَف البَيِّعانِ وليس بينهما

---

(١) (قوله : هو أنْ يختلِفا إلخ) لو قال أنْ يتَّفِقا على بَيْعٍ صحيحٍ وعِوضٍ مُعَيَّنٍ ثَمَنًا أو مُثمَّنًا ويختلِفا فيما سِواه كان أولى قال الغزِّيُّ وما في الذِّمَّةِ كالمُعَيَّنِ في الأصحِّ .

(٢) (قوله : أو أحدُهما ووارِثُ الآخَرِ) لو تعَدَّدَ الوارِثُ فصَدَّقَ بعضُهم وأنكَرَ بعضٌ قال السُّبكِيُّ فيظهَرُ جَوازُ التحالُفِ بين المُنكِرِ والعاقِدِ الآخَرِ وجَعله ابنُ الرِّفعَةِ كالرَّدِّ بالعيْبِ وليس كما قال لِقولِ الأصحابِ بالتحالُفِ فيما إذا تلِف أحدُ العبدَيْنِ ولَمْ ينظُروا إلى تفريقِ الصَّفقَةِ ع ر .

(٣) (قوله : بعدَ صِحَّةِ العقدِ) وقد بَقِيَ إلى وقتِ التنازُعِ فلو تقايلا ثم اختلَفا في قدرِ الثمَنِ فلا تحالُفَ بل القولُ قولُ البائِعِ بيمينِه لأنَّه غارِمٌ وكَتَبَ شيخُنا على قولِه بعدَ صِحَّةِ العقدِ ولو في نفسِ الأمرِ من غيرِ اتِّفاقِهما على صِحَّتِه.

(٤) (قوله : وكذا في قدرِ المبيعِ) شَمِلَ ما إذا اشترَى سِلعَةً فاطَّلَعَ بها على عَيْبٍ قديمٍ وأرادَ رَدَّها به فقال إنَّما اشتريْتَها مع سِلعَةٍ أُخرَى صَفقَةً واحدَةً فرُدَّها معها وقال المُشتري لَم أشترِ منك إلا هذه السِّلعَةَ وحْدَها وإنْ أفتى ابنُ العِراقِيِّ فيها بتصديقِ المُشتري .

(٥) (قوله : فيتحالَفانِ) شرطُ التحالُفِ أنْ يكونَ مُدَّعَى البائِعِ أكثرَ حيثُ اختلَفا في القدرِ وكَتَبَ أيضًا شرطُ التحالُفِ أنْ يكونَ عندَ حاكِمٍ أو مُحَكَّمٍ وأورَدَ على الضَّابطِ ما لو اختلَف وليُّ مَحجورٍ مع مُستقِلٍّ وكان المبيعُ تالِفًا وكانت القِيمَةُ التي يرجِعُ إليها عندَ الفسخِ بالتحالُفِ أكثرَ من الشيءِ الذي سَمَّاه فإنَّه لا تحالُفَ ويُؤْخَذُ بقولِ البائِعِ كما ذكَرَ نَظِيرُ ذلك في الصَّداقِ فس .

(٦) (قولـه : إمَّا حَلَف كُلٍّ منهما فلِخَبَرِ مُسلِمٍ إلـخ) ولأنَّ الاختـلافَ في العُقـودِ يكْـثُرُ ومَبنَى المُعاوضاتِ على تساوِي المُتعارِضَيْنِ وفي تصديقِ أحدِهما إضرارٌ بالآخَرِ .

(٧) رواه مسلم ، كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، حديث (١٧١١) ، والحديث رواه البخاري ، كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ...﴾ الآية ، حديث (٤٥٥٢) .

بَيِّنَةٌ فهو ما يقولُ رَبُّ السِّلْعَةِ أو يتتارَكا» رواه أبو داوُد والحاكِمُ وصحّحه (١) ، ومعنى التتارُكِ أن يترُك كُلٌّ منهما ما يدَّعيه وذلك بالفسخِ ، وأمَّا أنَّه في يمينٍ واحِدَةٍ ؛ فلأنَّ الدّعوى واحِدَةٌ ومَنفى كُلٍّ منهما في ضِمنِ مُثبَتةٍ فجازَ التعَرُّض في اليمينِ الواحِدَةِ لِلنَّفيِ والإثباتِ ، ولأنَّها أقرَبُ لِفصلِ الخُصومَةِ (لا في زَمَنِ الخيارِ) (٢) أي خيارِ الشرطِ أو المجلِسِ فلا يتحالَفانِ لإمكانِ الفسخِ بالخيارِ كذا قاله القاضي (٣) ، وأجابَ عنه الإمامُ بأنَّ التحالُف لم يُوضَع للفسخِ بل عَرَضَتِ اليمينُ رَجاءَ أن يَنكُلَ الكاذِبُ فيتقَرَّرُ العقدُ بيمينِ الصَّادِقِ ، ثُم مالَ إلى مُوافقتِه لكنَّ الجُمهورَ كما أفهَمَه كلامُ الأصلِ وغيرِه ، وصرّحَ ابنُ يُونُس (٤) والنَّشائِيُّ والأذرَعِيُّ وغيرُهم على أنَّهما يتحالَفانِ ، وقد قال الشافعيُّ والأصحابُ بالتحالُفِ في الكِتابَةِ مع جوازِها من جانِب الرَّقيقِ ، وعلى هذا يثبُتُ الخيارُ بجِهَتينِ فيتحالَفانِ مُطلَقًا (إن لم يكن) لأحدِهما (بَيِّنَةٌ فإن كانت) له بَيِّنَةٌ (قَضَى) له (بها) كما في سائِرِ الدّعاوى (وإن أقاما بَيِّنتينِ) (٥) ولم تُؤَرَّخا بتاريخينِ (تساقَطَتا وكأنَّه لا بَيِّنَةَ) فيتحالَفانِ بخِلافِ ما إذا أُرِّختا بتاريخينِ لا تحالُف بل يُقضَى بمُتقَدِّمَةِ التاريخِ ، وخرج بقولِه أولا : بعدَ صِحَّةِ العقدِ أي بعدَ اعتِرافِهما بها ما إذا لم يعترِفا بها فلا تحالُف بل يصدُقُ مُدَّعي الصِّحَّةَ كما سَيأتي التصريحُ به مع قَيدِه .

(وإن اختلَفا في عَينِ المبيعِ (٦) فقال) البائِعُ : (بعتُك العبدَ وقال المشتري بل الجارِيَةَ) واتَّفقا على الثَّمَنِ أو اختلَفا في قدرِه (والثَّمَنُ في الذِّمَّةِ لم يتحالَفا) ؛ لأنَّ الثَّمَنَ ليس بمُعَيَّنٍ حتّى يربُطَ به العقدَ / (بل يحلِفُ كُلٌّ) منهما (على نفيِ ما ٢/١١٥

---

(١) رواه أبو داود (٣/٢٨٥) كتاب البيوع ، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، حديث (٣٥١١) ، ورواه الترمذي (٣/٥٧٠) حديث (١٢٧٠) ، والنسائي (٧/٣٠٢) حديث (٤٦٤٨) .

(٢) (قوله : لا في زَمَنِ الخيارِ) وفي بعضِ النُّسَخِ ولو في زَمَنِ الخيارِ .

(٣) (قوله : قاله القاضي) وأبطَلَ بأنَّه وافقَ على التحالُفِ في القِراضِ مع جَوازِه .

(٤) (قوله : وصَرَّحَ ابنُ يونُس) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله: وإن أقاما بيِّنَتَينِ إلخ) لو شَهِدَ شاهدانِ بأنَّه باعَه كذا في ساعَةٍ كذا وشَهِدَ آخرانِ أنَّه كان ساكِتًا في تلك الحالَةِ لا يتحرَّكُ ولا يعمَلُ شيئًا ففي قبولِ الشهادَةِ الثانيةِ وجهانِ أصحُّهما قبولُها ووُجِّهَ أنَّ النفيَ المحصورَ كالإثباتِ في إمكانِ الإحاطَةِ به .

(٦) (قوله : وإنِ اختلَفا في عَيْنِ المبيعِ إلخ) لو اختلَفا في عَيْنِ الثمَنِ واتَّفقا على عَيْنِ المبيعِ تحالَفا .

يدَّعى عليه (١) ولا فسخ) (٢) وترجيحه عَدَمُ التحالُفِ في ذلك من زيادَتِه تبعَ فيه الإسنَويَّ (٣) فإنَّه رَجَّحَه مُستنِدًا إلى نَصٍّ في البويطيِّ يدُلُّ له التِزامًا ولِعَدَمِ التحالُفِ في الاختِلافِ في قدرِ رَأسِ المالِ في السَّلمِ مُطابَقَةً ، ولكنَّ الأصحابَ على خِلافِه ، والذي في الأصلِ في مَسألَتِنا حِكايةُ وجهَيْنِ بلا ترجيحِ أحدِهما ما مَرَّ ، والآخَرِ يتحالَفانِ (٤) كما لو كان الثمَنُ مُعَيَّنًا ، واقتضَى كلامُ الرَّافعيِّ هنا ترجيحَه صحَّحه في الشرحِ الصَّغيرِ (٥) هنا والنَّوويُّ في أصلِ الرَّوْضَةِ في نَظيرِه من الصَّداقِ في قولِه : أصدَقتُك أباك فقالت : بل أُمِّي ، وتبعَه عليه المصنفُ ثُم لكن تِلْك تُفارِقُ ما هنا بأنَّ العِوضَيْنِ فيها مُعَيَّنانِ (وإنْ كانتْ) أيِ المسألَةُ (بحالِها وأقامَ كُلٌّ) منهما (بَيِّنَةً) بدَعواه (سُلِّمَتِ الجاريةُ للمُشتري) عَمَلا ببيِّنَتِه فلا تعارُضَ بين البَيِّنَتَيْنِ ؛ لأنَّ كُلاًّ منهما أثبَتتْ عَقدًا لا يقتضي نفي غيرِه (٦) ، قال السُّبكيُّ : وهذا ظاهِرٌ على القولِ بعَدَمِ التحالُفِ أمَّا على القولِ بالتحالُفِ (٧) ، وهو الذي يقوى على مُقتضَى

---

(١) (قوله : بل يَحْلِفُ كُلٌّ على نفيِ ما يدَّعي عليه) قال بعتُك بألفيْنِ من دَيْنِك فقال بل بألفٍ فلا تحالُفَ فلو قال بعتُك بألفيْنِ وأطلَقَ فقال بل بألفٍ تحالَفا قال الشيخُ أبو مُحمَّدٍ وفرَّقَ بأنَّه إذا قال بألفيْنِ من دَيْنِك عليَّ فقد أقرَّ بجميعِ الثمَنِ المُدَّعَى به فصارَ كأنَّه قال بعتُك بألفيْنِ وقبَضتَهما فقال إنَّما اشترَيْته بألفٍ فلا تحالُفَ وهذا بخلافِ الدَّعوى المُطْلَقَةِ فإنَّها لا تتضَمَّنُ الإقرارَ بالقبضِ وهما مُختلِفانِ في الثمَنِ ا هـ قال الأذرَعيُّ فإنْ كان التصويرُ أنَّ المُشتري لا يُطالِبُه بالألفِ الزَّائِدِ فواضِحٌ وإنْ كان يُطالِبُه في صورَتَيِ الدَّيْنِ وقبضِ الألفيْنِ ففيه نَظَرٌ .

(٢) (قوله : ولا فسخَ) قال شيخُنا إنَّما قال ولا فسخَ ليُفيدَ به أنَّ الواقِعَ بينهما حَلِفٌ لا تحالُفٌ والفسخُ ثَمَرَةُ التحالُفِ لا الحلِفِ هذا مع أنَّ الأصحَّ خلافُه .

(٣) (قوله : تبعَ فيه الإسنَويَّ) فإنَّه رَجَّحَه في مُهِمَّاته .

(٤) (قوله : والآخَرُ يتحالَفانِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وصحَّحَه في الشرحِ الصَّغيرِ هنا) وصحَّحَه الإسنَويُّ في تصحيحِه وقال السُّبكيُّ نَصُّ الأُمِّ يشهَدُ له وهو المُعتمَدُ ونَصُّ البويطيِّ مُحتمَلٌ وقال الأذرَعيُّ الأشبه على مُقتضَى المذهَبِ التحالُفُ .

(٦) (قوله : لأنَّ كُلاًّ منهما أثبَت عَقدًا لا يقتضي نفي غيرِه) يُؤخَذُ منه أنَّ صورَتها أن لا تتَّفِقَ البيِّنَتانِ على أنَّه لَم يجْرِ إلا عَقدٌ واحدٌ قال شيخُنا فلا تعارُضَ فإنِ اتَّفقا على أنَّه لَم يجْرِ إلا عَقدٌ واحدٌ في وقتٍ واحدٍ تساقَطَتا ورَجَعَ لِلتَّحالُفِ ويُمكِنُ حَمْلُ كلامِ السُّبكيِّ على الحالَةِ الثانيةِ لِوُجودِ التعارُضِ وإنْ لَمْ يُحْمَل فهو ضعيفٌ .

(٧) (قوله : أمَّا على القولِ بالتحالُفِ إلخ) وقد صَرَّحَ الماورديُّ وغيرُه بالتحالُفِ عندَ تعارُضِ البيِّنَتيْنِ في مِقدارِ الثمَنِ وقد ذكرَ الرَّافِعيُّ وغيرُه في الدَّعاوى أنَّه إذا قال أكريتك ....=

المذهَب فيُقوّي التعارُضَ وأطالَ في ذلك .

(وأمَّا العبدُ) فقد أقرَّ البائعُ ببيعِه وقامَتْ به البَيِّنَةُ فإنْ كان بيدِ المشتري أقرَّ عِنْدَه كما صرّحَ به الأصلُ وله أنْ يتصرّف فيه بما شاءَ قال الشيخُ أبو حامِدٍ (١) والماورديُّ إلا بالوطءِ (٢) لو كان أمَةً ، واستشكلَ السُّبكيُّ ذلك بأنّه كيف يصِحُّ تصَرُّفُه فيه وهو مُقِرٌّ بأنّه ليس مِلْكَه ؟ ، فينبَغي أنْ يمتنِعَ عليه جَميعُ التصَرُّفاتِ (٣) إلا أنْ يرجِعَ انتهى ، وقد يُجابُ بأنّه جوَّزَ ذلك لِلضَّرورَةِ قال الأذرَعيُّ : وهذا في الظَّاهرِ أمَّا في الباطِنِ فالحُكمُ مُحالٌ على حَقيقَةِ الصِّدقِ والكذِب وإنْ كان بيدِ البائعِ (فهل يُجْبَرُ) مُشتريه (على قَبولِه) لإقرارِ البائعِ له به (أو يُترَكُ عِندَ القاضي حتّى يدَّعيه) ، لأنَّه يُنكِرُ مِلكه فيه (وجهانِ) وبالثّاني جَزَمَ ابنُ أبي عَصرون وقال أبو الحسَنِ السُّلميُّ : إنّه الصَّحيحُ إذا أخَذَه القاضي (يُنفِقُ عليه من كسبه) إنْ كان له كسبٌ نَعَم إنْ رَأى المصلحَةَ في بيعه وحِفظِ ثَمَنِه قاله الشيخُ أبو حامِدٍ (وإلا) أي وإنْ لم يكنْ له كسبٌ (بيعَ) أي باعَه (إنْ رَآه) بأنْ رَأى الحظَّ في بيعِه (وحِفظِ ثَمَنِه) ، وقيلَ : يبقَى في يدِ البائعِ (٤) على قياسِ مَنْ أقرَّ لِغيرِه بشيءٍ وهو يُنكِرُه ،

= هذا البيت من الدَّارِ شَهْرًا بعَشرَةٍ فقال المكْتري بل جَميعُ الدَّارِ بالعشرَةِ أو ادَّعَى أحدُهما الكِراءَ بعَشرَةٍ والآخرُ بعِشرينَ وأقامَ كُلٌّ منهما بَيِّنَةً فالأصحُّ المنصوصُ أنَّهما تتعارَضانِ والزِّيادَةُ المرَجِّحةُ هي المشعِرَةُ بمَزيدِ عِلمٍ ووُضوحِ حالٍ والزِّيادَةُ فيما نحنُ فيه إنَّما هي في المشهودِ به وتُفارِقُ بَيِّنَةَ الألفِ والألفيْنِ فإنَّهما لا يتنافيانِ لأنَّ التي تشهَدُ بالألفِ لا تنفي الألف الأُخرى وهَهنا العقدُ واحدٌ وكُلُّ كيفيَّةٍ تُنافي الكيفيَّةَ الأُخرى فنَشَأ التعارُضُ فما ذكرَه الرَّافِعيُّ هنا من الحُكْمِ إذا قامَت البيِّنتانِ يجِبُ أنْ يكونَ مُفرَّعًا على عَدَمِ التحالُفِ وبالجُملَةِ فالقولُ بالتعارُضِ هنا مُناسِبٌ لِلقولِ بالتحالُفِ وعَدَمُه مُناسِبٌ لِعَدَمِه .

(١) (قوله : قال الشيخُ أبو حامِدٍ إلخ) أشارَ شيخُنا إلى تضعيفِه .

(٢) (قوله : إلا بالوطْءِ) لو كان أمَةً لاعترافِه بتحريمِ ذلك عليه وعليه النفقَةُ .

(٣) (قوله : فينبَغي أنْ يمتنِعَ عليه جَميعُ التصَرُّفات إلخ) قد ذكرَ الرَّافِعيُّ قُبَيْلَ كِتاب الصَّداقِ أنَّهم لو شَهِدوا عليه أنَّه اشترَى هذا العبدَ بكذا وهو يُنكِرُه يُحْكَمُ بدُخولِ المبيعِ في مِلكِه ويُؤْخَذُ منه الثمَنُ ومُقتضَى ذلك جَوازُ تصَرُّفِه بسائِرِ التصَرُّفات الوطْءِ وغيرِه وهو قَريبٌ مِمَّا إذا أقرَّ بشيءٍ لِغيرِه فكذَّبَه المقَرُّ له فإنَّه يُقَرُّ في يدِ المُقِرِّ ويكونُ على سَبيلِ المِلكِ كما يُشعِرُ تعليلُ الرَّافِعيِّ وقد صَرَّحَ به في المُهذَّب حيثُ قال في توجيهِه إنَّه مَحْكومٌ له بمِلكِه فإذا رَدَّه المُقَرُّ له بَقِيَ على مِلكِه .

(٤) (قوله : وقِيلَ يبقَى في يدِ البائعِ إلخ) هو الأصَحُّ وعِبارَةُ الأنوارِ وإنْ كان في يدِ البائعِ فهل يُسلِّمُه إلى المُشتري أو إلى القاضي أو يُقَرُّ في يدِه فيه الخلافُ فيمَنْ أقرَّ لِغيرِه بمالٍ وكذَّبَه المُقَرُّ له .

وقولُه : حتى يدَّعيه من زيادَتِه .

أمَّا إذا فرَّعنا على التحالُفِ فقياسُ ما مَرَّ أنْ يُقال : مَحَلُّه إذا لم تُؤَرَّخ البَيِّنَتانِ بتاريخينِ وإلا قَضَى بمُتقدِّمَةِ التاريخ (وإنْ كان الثَمَنُ مُعَيَّنًا تحالَفا) كما لو اختلَفا في جِنْسِ الثَمَنِ أمَّا لو اختلَفا في المبيعِ والثَمَنِ مَعًا كأنْ قال : بعتُك العبدَ بدِرهَمٍ فقال المشتري : بل الجاريةَ بدينارٍ فلا تحالُف ، لأنَّهما لم يتوارَدا على شيءٍ واحِدٍ بل يحلِفُ كُلٌّ منهما على نفيِ قولِ الآخَرِ قاله الإمامُ هنا ، وفي الصَّداقِ بخِلافِ ما لو اختلَفا في قدرِهما كما مَرَّ .

١١٦/٢ (تنبيهٌ) قال الإسنَويُّ : وفي كلامِ الرَّافعيِّ / إشارَةٌ (١) إلى أنَّ شرطَ التحالُفِ أنْ يكونَ ما يدَّعيه البائعُ أكثَرَ ، وقد صرّحَ به في الاختِلافِ في الصَّداقِ والوليُّ ثَمَّ كالبائعِ هنا قُلْت : قد فرَضَها ثم فيما إذا اختلَفَ الزَّوْجُ والوليُّ فنَظيرُه هنا أنْ يفرِضَ في اختِلافِ وليِّ البائعِ والمشتري .

(فـرعٌ : يجْـري التحـالُفُ في جَـميعِ عُقـودِ المعاوضـاتِ حتى القِـراضِ والجِعالَةِ (٢) والصُّلحِ عن الـدَّمِ) طَردًا للمعنى ولا أثَرَ لِقُدرَةِ كُلٍّ من العاقِدَيْنِ على الفسخِ في الأولَيَيْنِ بلا تحالُفٍ لِما مَرَّ في كلامِ الإمامِ ولا لِعَدَمِ رُجوعِ كُلٍّ منهما إلى عَيْنِ حَقِّه في الثالِثِ كما سَيتَّضِحُ (ثُمَ في البيعِ ونَحـوِه) من سائرِ العُقودِ (يُفسَخُ العقدُ بعدَ التحالُفِ كما سَيأتي) لا حاجَةَ لِقولِه : في البيعِ ونَحوِه (وبعدَ الفسخِ يرجِعُ) العاقِدُ في غيرِ الصَّداقِ وما عَطَفَ عليه فيما يأتي إلى عَيْنِ حَقِّه كما سَيأتي ويرجِعُ (في الصَّداقِ والخُلْعِ والصُّلحِ عـن الدّمِ) والعِتقِ بعِوضٍ ككِتابَـةٍ (إلى مَهْرِ المِثْلِ) في الأولَيَيْنِ (و) إلى (الدِّيَـةِ) في الصُّلْـحِ عن الـدّمِ وإلى القيمَـةِ في العِتْـقِ بعِـوضٍ فأثَرُ الفسخِ في هـذِه الأشيـاءِ لا يظْهَرُ فيما عُقِـدَ عليـه فـلا يـرجِعُ البُضْعُ في الصَّداقِ لِلزَّوْجَةِ ولا في الخُلْعِ لِلزَّوْجِ ولا الدّمُ لِوليِّه في الصُّلْحِ عنه ولا العتيقُ لِلسَّيِّدِ

---

(١) (قولـه : قال الإسنَويُّ وفي كلامِ الرَّافِعيِّ إشارَةٌ إلخ) وهو ظاهِرٌ ولو اختلَفَ وليُّ مَحجورٍ عليه مع مُستقِلٍّ وكـان المبيعُ تالِفًا وكانت القِيمَةُ التي يرجِعُ إليها عندَ الفسخ بالتحالُفِ أكثَرَ من الشيءِ الذي سَمَّاه المُستقِلُّ فإنَّه لا تحالُف ويُؤْخَذُ بقولِ البائعِ لأنَّـه إذا حَصَلَ الفسخُ رَجَعَ الحالُ إلى غُرمِ القِيمَةِ التي هي أكثرُ من قولِه كما ذكرَ نَظيرَ ذلك في الصَّداقِ .

(٢) (قولُه حتى القِراضِ والجِعالَةِ) قال الأذرَعيُّ وبالجُملَةِ فلا وجهَ لِلتَّحالُفِ مع الجوازِ من الجانِبَيْنِ إذا لَم يكُنْ ثَمَّ ما يقتضي استحقاقًا إذْ من شرطِ سَماعِ الدَّعوى أن تكونَ مُلزِمَةً انتهَى قد تقَدّمَ في جَواب الإمامِ ما يرُدُّه وقد ذكرَه المُصَنِّفُ بعدُ بقولِه وفائِدَتُه في القِراضِ تقريرُ العقدِ بالنُّكولِ .

في العِتقِ بعِوضٍ وإنَّما يظهَرُ في بَدَلِه كما عُرِف ، **(وفائِدَتُه)** أيِ التحالُفِ أي طَلَبه **(في القِراضِ)** ونَحوِه مِمَّا يجوزُ فسخُه بلا تحالُفٍ **(تقريرُ العقدِ بالنُّكُولِ)** من أحدِهما بعدَ عَرضِ اليمينِ عليه وحَلِفِ الآخَرِ .

(فرعٌ) لو **(قال : بعتُك بألفٍ فقال بل وهبْتَني** (١) **أو رَهَنْتَني فلا تحالُفَ)** إذ لم يتَّفِقا على عَقدٍ **(بل يحلِفُ كُلٌّ)** منهما **(للآخَرِ)** على نفي قولِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُه ثُم يرُدُّ مُدَّعي البيعِ الألف ، لأنَّه مُقِرٌّ بها **(ويستردُّ العينَ بزَوائِدِها)** فيلزَمُ الآخَرَ رَدُّ ذلك (٢) إذ لا مِلْك له ولا أُجرَةَ عليه لاتِّفاقِهما على عَدَمِ وُجوبِها ، واستُشكِلَ رَدُّ الزَّوائِدِ في الأُولى مع اتِّفاقِهما على حُدوثِها في مِلْكِ الرَّادِّ بدَعواه الهبَةَ وإقرارِ البائِعِ له بالبيعِ فهو كمَن وافقَ على الإقرارِ له بشيءٍ وخالَف في الجِهَةِ ، وأُجيبَ بمَنعِ اتِّفاقِهما على ذلك ، لأنَّ دَعوى الهبَةِ لا تستلْزِمُ المِلْك لِتوقُّفِها على القبضِ بالإذنِ ولم يُوجَد ، والأولى أنْ يُجابَ بمَنعِ ذلك لِما ذُكِرَ بل ، لأنَّ كُلاًّ منهما قد أثبَت بيمينِه نفي دَعوى الآخَرِ فتساقَطَتا ولو سُلِّمَ عَدَمُ تساقُطِهما (٣) فمُدَّعي الهبَةِ لم يُوافِق المالك على ما أقرَّ له به من البيعِ فلا يكونُ كالمسألَةِ المشبَّه بها ، فالعِبرَةُ بالتوافُقِ على نفسِ الإقرارِ لا على لازِمِه .

(وإنْ قال : رَهَنتُك) كذا **(بألفٍ قَرضًا)** لَك عليَّ **(فقال : بل بعتني)** إيَّاه بها **(صُدِّقَ المالِكُ)** بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البيعِ ويرُدُّ الألف ويستردُّ العينَ بزَوائِدِها ولا يمينَ على الآخَرِ قال المتولِّي : لأنَّ الرَّهنَ جائزٌ من جِهَتِه والخيرَةُ له في قَبولِه والعِمرانيُّ ، لأنَّ الرَّهنَ زالَ بإنكارِه ، لأنَّه يبطُلُ بإنكارِ المرتهنِ وإليه أشارَ المصنفُ بقولِه **(ولا رَهنَ لأنَّه لا يدَّعيه)** قال السُّبكيُّ : وفي رَدِّ الألفِ إليه وهو يُنكِرُ استِحقاقَها نَظَرٌ قُلْت : هو مُدَّعٍ لاستِحقاقِ العينِ المقابلَةِ عِندَه بالألفِ فلمَّا تعَذَّرَ إبقاؤُها رَدَّ عليه مُقابلها الذي بَذَله كما هو شَأنُ ترادِّ العِوضَينِ عِندَ الفسخِ أو نَحوِه ، ثُم ما تقرَّرَ من حُكمِ المسألَةِ هو ما نَقَله الرَّافعيُّ عن البَغَويّ وجَزَمَ به في الرَّوْضَةِ وجَرَى عليه المتولِّي وغيرُه ، والذي جَزَمَ به صاحِبُ المهذَّب والمحامِليُّ ونَقَله السُّبكيُّ عن الشافعيِّ أنَّ كُلاًّ منهما يحلِفُ كما في التي قبلها لكنْ تعَقَّبَ ذلك العِمرانيُّ

---

(١) (قولـه : فقال بل وهَبتني إلخ) لِمُدَّعي الهبةِ أخذُه بطَريقِ الظَّفرانِ كان صادِقًا ومِثلُه مُدَّعي البيعِ .

(٢) (قوله : فيلزَمُ الآخَرَ رَدُّ ذلك) فإنْ تلِفتْ لَزِمَه مِثلُها أو قِيمَتُها .

(٣) (قوله : ولو سُلِّمَ عَدَمُ تساقُطِهما إلخ) قِيلَ قولُه ولو سُلِّمَ إلخ مَمنوعٌ .

فقال : والذي يقتضيه القياسُ عِندي أنَّه لا يمينَ على الآخَرِ وعَلَّله بما قَدَّمته قال : ولو قال : رَهَنْتَني كذا بألفٍ أقبَضتُكها فقال : بل بألفٍ لم أقبضها صُدِّقَ المالِكُ بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ القبضِ فإذا حَلَف بَطَلَ الرَّهْنُ ، لأنَّه إنَّما يكونُ بحَقٍّ في الذِّمَّةِ وما قاله في هذِه نَقَله السُّبكيُّ عن الشافعيِّ وصاحِب الاستِقصاءِ ثُم قال : وهو مَحمُولٌ على ما إذا أنكرَ الدَّيْنَ (١) جُملَةً ، فإن اعترَف به وادَّعَى أنَّ الرَّهْنَ كان قبلَ ثُبوتِه فينبَغي أنْ يتخرَّجَ على اختِلافِهما في الصِّحَّةِ والفسادِ فيُصَدَّقُ مُدَّعي الصِّحَّةِ على الأصَحِّ .

(فرعٌ : لو) اختلَفا من غيرِ اتِّفاقٍ على صِحَّةِ عَقدٍ بأنْ (ادَّعَى أحدُهما الفسادَ) والآخَرُ الصِّحَّةَ (صُدِّقَ مُدَّعي الصِّحَّةِ) بيمينِه وإنْ كان الأصلُ عَدَمَها ، لأنَّ الظَّاهرَ معه (٢) إذ الظَّاهرُ من حالِ المكلَّفِ اجتِنابُه الفاسِدَ وقُدِّمَ على الأصلِ لاعتِضادِه بتشَوُّفِ الشارِعِ إلى انبرامِ العُقودِ ، ولأنَّ الأصلَ عَدَمُ المفسِدِ في الجُملَةِ (٣) ، واستُثني من ذلك ما إذا باعَ ذِراعًا من أرضٍ وهما يعلمانِ / ذُرعانَها ١١٧/٢
فادَّعَى أنَّه أرادَ ذِراعًا مُعَيَّنًا وادَّعَى المشتري الإشاعَةَ فالمصَدَّقُ البائِعُ ، لأنَّه أعرَفُ بإرادَتِه كما مَرَّ ، وما إذا اختلَفا هل وقَعَ الصُّلحُ على إنكارٍ أو اعتِرافٍ ؟ فالمصَدَّقُ مُدَّعي وُقوعِه على الإنكارِ ، لأنَّه الغالِبُ كما سَيأتي في بابِه وما إذا قال المرتهنُ : أذِنت في البيعِ بشرطِ رَهْنِ الثَّمَنِ وقال الرَّاهنُ : بل مُطلَقًا فالمصَدَّقُ المرتهنُ كذا قاله الزَّركشيُّ (٤) وليس مِمَّا نحن فيه ، لأنَّ الاختِلافَ بعدَ تسليمِ الحُكمِ المذكُورِ لم يقَع من العاقِدَيْنِ ولا من نائِبِهما وما إذا قال المشتري (٥) لِمَغصوبٍ : كُنت أظُنُّ القُدرَةَ على

---

(١) (قوله : وهو مَحمُولٌ على ما إذا أنكَرَ الدَّينَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : لأنَّ الظَّاهرَ معه) والأصلُ عَدَمُ المُفسِدِ فجانِبُ الصِّحَّةِ اجتمع فيه أمرانِ الأصلُ والظَّاهرُ وجانِبُ الفسادِ اعتضَدَ بأصلٍ مُجَرَّدٍ وكَتَبَ أيضًا لأنَّ مَنْ أقدَمَ على عَقدٍ كان في ضِمنِه الاعترافُ بوُجودِ شَرائِطِه حتى لا يسمع منه خلاف ذلك إلا أن يذكُرَ تأويلا وكَتَبَ أيضًا قال ابنُ دَقِيقِ العيدِ ومن ذلك أنَّ الحاكِمَ إذا حَكمَ في واقِعَةٍ ولَم يذكُر أنَّه استوفى الأوضاعَ الشرعيَّةَ في حُكمِه أنَّه يُعمَلُ به ولا فرقَ في تصديقِ مُدَّعي صِحَّةِ العقدِ بين المُسلِمِ والكافِرِ .

(٣) (قوله : لأنَّ الأصلَ عَدَمُ المُفسِدِ في الجُملَةِ) خَرَجَ بقَيدِ الجُملَةِ ما لو كان المُفسِدُ عَدَمَ الشيءِ كالرُّؤيةِ منه .

(٤) (قوله : قاله الزَّركَشيُّ) قال شيخُنا هو الأصَحُّ بل سَيأتي في الرَّهنِ في كلامِه أي ابنِ المُقري .

(٥) (قوله : وما إذا قال المُشتري إلخ) قال الشيخانِ لو قال هذا الذي بعتنيه حُرُّ الأصلِ وقال البائِعُ بل هو مَملوكٌ إنَّ القولَ قولُ البائِعِ وجَعَلا دَليلا لأحدِ الوجهَيْنِ في دَعوى ....=

تسَلُّمِه وأنا الآنَ لا أقدِرُ فهو المصَدَّقُ كما أفتى به القَفَّالُ لاعتِضادِه بقيامِ الغصب ، وما إذا قال السَّيِّدُ كاتبتُك وأنا مجنُونٌ أو محجورٌ عليَّ وعُرِف له ذلك فإنَّه المصَدَّقُ كما سَيأتي في بابه ، ومِثلُه قولُ الرُّويانيِّ هنا : لو اختلَفا فيما يكونُ وُجودُه شرطًا كبُلُوغِ البائعِ كأنَّه باعَه ثُم قال : لم أكُن بالِغًا حينَ البيعِ وأنكرَ المشتري ، واحتملَ ما قاله البائعُ صُدِّقَ بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البُلُوغِ [١] وصرَّحَ به في الأنوارِ [٢] وكلامُ الأصحاب في الطَّلاقِ والجِناياتِ يُوافِقُه .

ولو قال : اشتريت ما لم أرَه [٣] فأنكرَ البائعُ ففي فتاوى الغزاليِّ صُدِّقَ البائعُ ،

= الشرطِ وقَضيَّةُ ما ذكراه أنَّ القولَ قولُ مُدَّعي الصِّحَّةِ في هذه الصُّورَةِ قَطعًا لكنَّهما ذكرا بعدَ ذلكَ بنحوِ ورَقَةٍ أنَّه لو كان في يدِه عَصيرٌ فوجَدناه خمرًا بعدَ البيعِ وقال المُشتري كان عندَ الشِّراءِ خمرًا وأنكرَ البائعُ كان على الخلافِ في دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ قال السُّبكيُّ فيحتاجُ الفرقَ بينه وبين دَعوى الحُرِّيَّةِ ا هـ . والفرقُ بينهما من وجهَيْنِ أحدُهما أنَّ يدَ البائعِ ثابتةٌ على العبدِ ودَعوى المُشتري الحُرِّيَّةَ لا دَليلَ عليها بخلافِ دَعوى الخمرِ فإنَّ ثُبوت الخمريَّةِ الآنَ دَليلٌ على ثُبوتِها في الزَّمانِ الماضي أخذًا من قاعِدَةِ الاستصحاب المعكوسِ وأيضًا القِياسُ أن لا يقبَلَ قولَ المُشتري في دَعوى الخمريَّةِ لكنَّ شاهدَ الخمريَّةِ اقتضَى تصديقَه بالطَّريقِ السَّابقِ ولا شاهدَ معه في دَعوى الحُرِّيَّةِ فقَطَعَ فيها بتصديقِ البائعِ الثاني أنَّ دَعوى الحُرِّيَّةِ إثباتُ حَقٍّ لِثالِثٍ وهو العبدُ والعبدُ لَم يدَّعِ ذلك ولَم يثبُتْ فبَطَلَ دَعوى المُشتري قَطعًا بخلافِ مَسألَةِ العصيرِ فإنَّه ليس فيها إثباتُ حَقٍّ لِثالِثٍ بل دَعوى إزالَةٍ مُجَرَّدَةٍ .

(١) (قوله : صُدِّقَ بيمينِه لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البُلوغِ) قال الأذرَعيُّ الظَّاهرُ أنَّه بَناه على القولِ بتصديقِ مُدَّعي الفسادِ دونَ الصِّحَّةِ ا هـ .

(٢) (قوله : وصَرَّحَ به صاحِبُ الأنوارِ إلخ) هذا تفريعٌ على تصديقِ مُدَّعي الفسادِ وقد جَرَى صاحِبُ الأنوارِ كالشيخَينِ قُبَيْلَ الصَّداقِ على خلافِه وأمَّا كلامُ الأصحاب في الجِناياتِ والطَّلاقِ فليس من الاختلافِ في صِحَّةِ العقدِ وفسادِه وفارَقَ ما ذكرنا ما سَيأتي في الضَّمانِ بأنَّ المُعاوضات يُحْتاطُ فيها غالِبًا والظَّاهرُ أنَّها تقَعُ بشُروطِها ولو قالت المرأةُ : وقَعَ العقدُ بلا وليٍّ ولا شُهودٍ وأنكَرَ الزَّوجُ قال مُجَلِّي فالقولُ قولُها لأنَّ ذلك إنكارٌ لأصلِ العقدِ وصَوَّبَه السُّبكيُّ وقال إنَّه الحقُّ وإنَّه لا يخرُجُ على الخلافِ في الصِّحَّةِ والفسادِ ا هـ . والرَّاجِحُ أنَّ القولَ قولُ الزَّوجِ بيمينِه .

(٣) (قولُه ولو قال اشترَيْت ما لَم أرَه إلخ) اختلافُهما في شرطِ القطعِ عندَ بَيْعِ الثمَرَةِ أو الزَّرعِ قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ كاختلافِهما في الرُّؤيةِ وشرطُ الرِّبحِ في القِراضِ اختصاصُه بالمُتعاقِدينَ فلا يجوزُ =

قال الرَّافعيُّ : ولا ينفكُّ هذا عن خِلافٍ ، قال النَّوويُّ : هذِه مَسألَةُ اختِلافِهما في مُفسِدِ العقدِ وفيها الخِلافُ المعروفُ ، والأصَحُّ تصديقُ مُدَّعي الصِّحَّةِ وعليه فرَّعَها الغزاليُّ وتقدَّمَتْ في الكِتاب آخِرَ البيعِ ، وزَعَمَ في المهمَّاتِ أنَّه مَردودٌ نَقلا وبَحثًا فعليه تُستثنَى هذِه وفي عَكسِها بأنْ قال المشتري : رَأيته وأنكرَ البائعُ يُصَدَّقُ البائعُ كما في فتاوى البَغَويّ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الرُّؤيةِ وهو مُفرَّعٌ على ما صححه من أنَّ المصَدَّقَ مُدَّعي الفسادِ والأصَحُّ خِلافُه **(فلو قال : بعتُك بألفٍ فقال : بل بزِقِّ خَمرٍ)** أو بحُرٍّ أو ألفٍ وزِقِّ خَمرٍ أو قال : شرطنا شرطًا فاسِدًا فأنكرَ كما صرّحَ بذلك الأصلُ **(صُدِّقَ مُدَّعي الصِّحَّةِ)** لِما مَرّ **(وإن قال : بعتُك بألفٍ فقال : بل بخَمسِمائةٍ وزِقِّ خَمرٍ حلَفَ)** البائعُ **(على نفيِ المفسِدِ)** بأنْ يقولَ : لم يُسَمَّ في العقدِ خَمرٌ **(ثُم تحالَفا)** لِبَقاءِ النِّزاعِ في قدرِ الثَّمَنِ .

= شرطُ شيءٍ منه لِثالِثٍ فلو شرطاه لـه وتصادَقا على أنَّه كان على وجه الاستعارَةِ ففي الحاوي أنَّ القِراضَ صحيحٌ وأنَّهما لو اختلَفا فادَّعَى أحدُهما استعارَةَ الاسم ليصِحَّ القِراضُ وادَّعَى الآخَرُ التمليكَ ليبطُلَ فالقولُ قولُ مَنِ ادَّعَى التمليكَ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ويكونُ القِراضُ باطِلا قال في الخادِمِ فيُحتمَلُ أنَّ الماورديَّ بَناه على طَريقَته من تصديقِ مُدَّعي الفسادِ ويُحتمَلُ أن يكونَ هذا ولو قُلنا بتصديقِ مُدَّعي الصِّحَّةِ لأنَّ ذاكَ حيثُ لَم يتَّفِقا على ما ظاهِرُه الفسادُ وإلا فالقولُ قولُ مُدَّعي الفسادِ ولا سيَّما وقد يُعَضِّدُها ظاهِرُ اللَّفظِ .

(تنبيهٌ) : سَأَلَ الأذرَعيُّ شيخَه السُّبكيَّ عن رَجُلٍ بَعَثَ إلى آخَرَ جاريةً فماتت عندَه فقال باعِثُها إنَّما بَعَثتها إليك لِتشتريها وقال المبعوثُ إليه هَديَّةٌ فمَنِ المُصَدَّقُ منهما فأجابه الذي يسبقُ إلى الذِّهنِ أنَّ القولَ قولُ الباعِثِ لأنَّه الدَّافِعُ وهو أعرَفُ بنيَّته لكن دَعواه السَّومَ تقتضي تضمينَ القابضِ والأصلُ عَدَمُه وجُعِلَ القابضُ مُستامًا من غيرِ قَصْدِ السَّومِ ولا ما يدُلُّ عليه بَعيدٌ وقبولُ قولِ القابضِ في الهَديَّةِ لا يُمكِنُ أيضًا فلو كانت الجاريةُ باقِيةً أمَرناه برَدِّها وإن ماتت في يدِه حَلَفَ القابضُ على نفيِ السَّومِ وبَرِئَ من قِيمَتها قال الناشِريُّ ويُفهَمُ من جَوابه وتعليلِه أنَّ الجاريةَ لو تلِفت حيثُ ادَّعَى المالِكُ البيعَ والقابضُ الهبةَ أنَّه لا ضَمانَ على القابضِ فليُتأمَّل ذلك ولو أخَذَ الحِنطَةَ في وقت الغلاءِ وأكَلَ واختلَفا بعدَ الرُّخصِ فقال الدَّافِعُ بعتُك بكذا وقال الآخذُ بل كان قَرضًا صُدِّقَ الآخذُ بيمينِه قال شيخُنا الرَّاجِحُ في مَسألَةِ الهبةِ أنَّ مُدَّعيها عندَ تلَفِها يضمَنُها المِثلَ في المِثليّ والقِيمَةَ في المُتقَوّم فيجري في مَسألَتنا ويجري فيها أيضًا خلافٌ فيما لو دَفعَ إليه ألفًا وتلِفت وادَّعَى الدَّافِعُ القرضَ والآخذُ الوديعَةَ صُدِّقَ مُدَّعي السَّومِ وكُلُّ ذلك يقتضي الضَّمانَ في مَسألَتنا .

/ (فصلٌ) لو (رَدَّ) المشتري (المبيعَ) المعَيَّنَ (أو) البائِعُ (الثمَنَ المعَيَّنَ بعَيْبٍ فأنكرَ) المردودُ عليه (كوْنَه مالِه صُدِّقَ المنكِرُ بيمينِه) ؛ لأنَّ الأصلَ السَّلامَةُ (فإنْ كان الثمَنُ أو المبيعُ) فيما ذَكرَ (في الذِّمَّةِ صُدِّقَ المدَّعي) للعَيْب ، لأنَّ الأصلَ بَقاءُ شَغْلِ ذِمَّةِ المنكِرِ ، ويُفارِقُ ما قبله بأنَّ المدَّعي هنا لم يعترِف بقبضِ ما ورَدَ عليه العقدُ ، والأصلُ بَقاءُ شَغلِ ذِمَّةِ المنكِرِ وهناك اعترَف بقبضِه ووقعَ الاختِلافُ في سَبَب الفسخِ ، والأصلُ عَدَمُه والمبيعُ في الذِّمَّةِ يتناولُ المسَلَّمَ فيه وغيرَه فهو أعَمُّ من اقتِصارِ الأصلِ على المسَلَّمِ فيه .

(فرعٌ) وفي نُسخَةٍ فصلٌ لو (قبَضَ المبيعَ) مَثَلا (مَكيلا) أو مَوزونًا كما صرَّحَ به الأصلُ بأن اشترَى طَعامًا كيْلا وقَبَضَه به أو وزنًا وقَبَضَه به أو أسلمَ فيه وقَبَضَه ثُم جاءَ (وادَّعَى نَقصًا) فإنْ كان قدرًا (يقعُ مِثلُه في الكيلِ) أو الوزنِ (صُدِّقَ بيمينِه) لاحتِمالِه مع عَدَمِ مُخالَفتِه الظَّاهرَ (وإلا فلا) يُصَدَّقُ لِمُخالَفتِه الظَّاهرَ ، وعَلَّله الرَّافعيُّ بأنَّهما اتَّفقا على القبضِ والقابضُ يدَّعي الخطأَ فيه فعليه البَيِّنَةُ كما لو اقتسَما ثُم جاءَ أحدُهما وادَّعَى الخطأَ فيه تلزَمُه البَيِّنَةُ (وإذا باعَه أو رَهَنَه عَصيرًا (١) فوجَدَه خَمرًا أو وجَدَ فيه فأرَةً) مَيِّتةً (وقال : هكذا قَبَضته فأنكرَ) البائِعُ (صُدِّقَ البائِعُ) بيمينِه (إنْ أمكَنَ) صِدقُه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ المفسِدِ قال في الأصلِ : ولو اختلَفا في القبضِ صُدِّقَ المشتري (وإنْ) وفي نُسخَةٍ ولو (اختلَفا في اشتِراطِ كوْنِه) أي المبيعِ (كاتِبًا) مَثَلا (تحالَفا) كما لو اختلَفا في الأجَلِ (أو) اختلَفا (في انقِضاءِ الأجَلِ فالأصلُ بَقاؤُه) فيُصَدَّقُ مُدَّعيه بيمينِه وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّهما إن اتَّفقا على قدرِ الأجَلِ فهذا اختِلافٌ في ابتِدائِه وسَيأتي مُفصَّلا آخِرَ الباب، وإن اختلَفا فيه تحالَفا كما مَرَّ أولَه ، وإنْ سَكتا عن قدرِه فرُبَّما يبقَى النِّزاعُ إلى ما لا نِهايةَ له لِجوازِ أنَّه كُلَّما ادَّعَى الانقِضاءَ مُدَّعيه أنكرَ الآخَرُ ، وقد قَرَّرَ المتولِّي وغيرُه المسألَةَ على ما يُوافِقُ الأولَ لكنْ لا تكرارَ في كلامِهم ولَك أنْ تختارَ الأخيرَ وتقولَ : يزولُ المحذورُ فيه بأنْ يذكُرَ مُدَّعي الانقِضاءِ قدرَ الأجَلِ ليُوافِقَه الآخَرُ أو يُخالِفه ويترَتَّبُ عليه انقِطاعُ النِّزاعِ ، نَعَم إن قال نَسيت قدرَه استمرَّ النِّزاعُ إلى أن يذكُرَ ما قُلنا إلا أنْ يظهَرَ للحاكِمِ أنَّه مُتعَنِّتٌ فينبَغي أنْ يُقَدِّرَه بما يُؤَجَّلُ به المعقودَ عليه غالِبًا

---

(١) (قوله : وإنْ باعَه أو رَهَنَه عَصيرًا إلخ) فلو باعَ عَصيرًا أو خَلاً وأقبَضَه وبانَ نَجِسًا أو خَمرًا فقال البائِعُ تنَجَّسَ أو تخَمَّرَ في يدِك وقال المُشتري بل في يدِك صُدِّقَ البائِعُ بيمينِه .

ويُحتمَلُ خِلافُه .

(فصلٌ في) كيفيَّةِ (التحالُفِ إذا تبادَلا) قال في الأصلِ : قال الإمامُ : «عَرَضًا بعَرَضٍ» فأبدَله المصنفُ بقولِه (عَيْنًا بعَيْنٍ) يعني مُعَيَّنًا بمُعَيَّنٍ (تساويا في البُداءَةِ) باليمينِ أي فيتخيَّرُ الحاكِمُ بأنْ يجتهِدَ في البُداءَةِ بأيِّهما ، قال في الأصلِ : وينبَغي تخريجُه على أنَّ الثَّمَنَ ماذا ، وناقَشَه في المطلَب بأنَّ مَأخَذَ البُداءَةِ (١) قوَّةُ جانِبٍ على جانِبٍ كما ذَكروه في تعليلِ الأقوالِ فيمَن يبدَأُ به وذلك مَفقودٌ هنا ، وأُيِّدَ بأنَّ المدرك في التساوِي تعيينُ الثَّمَنِ كالمبيعِ ، ولهذا إذا تنازَعا في البُداءَةِ بالتسليمِ حينَئِذٍ أُجبِرا في الأظهَرِ وقد يُمنَعُ فقدُه ؛ لأنَّ جانِبَ البائِعِ أقوى ؛ لأنَّ المبيعَ هو المقصودُ وإنْ تساوى العِوضانِ فيما ذُكِرَ وبما بَحَثَه الأصلُ صرّحَ القاضي مُجلِّي وغيرُه لكنْ ما قاله الإمامُ أوجَه (وإلا) بأنْ باعَ مُعَيَّنًا بما في الذِّمَّةِ كما قَيَّدَ به الأصلُ ، وإنْ صَدَقَتْ عِبارَةُ المصنفِ بعَكسِه وبيعِ ما في الذِّمَّةِ بما في الذِّمَّةِ (بُدِئَ) في الحلِفِ (بالبائِعِ) ؛ لأنَّ جانِبَه أقوى (٢) ؛ لأنَّ المبيعَ يعودُ إليه بعدَ الفسخِ المترتِّب على التحالُفِ ، ولأنَّ مِلكَه على الثَّمَنِ قد تمَّ بالعقدِ ومِلْكُ المشتري على المبيعِ لا يتِمُّ إلا بالقبضِ ، وقَضيَّةُ التعليلَيْنِ (٣) ، وتقييدُ الأصلِ بما ذُكِرَ أنَّه يبدَأُ بالمشتري في صورَةِ العكسِ وأنَّهما يتساويانِ (٤) في التي بعدَها نَظيرَ ما قاله الإمامُ فلا يبدَأُ بالبائِعِ إلا فيما مَرَّ (استِحبابًا) لا وُجوبًا لِحُصولِ الغرَضِ مع تقديمِ المشتري أيضًا (فيحلِفُ) البائِعُ (٥) (يمينًا واحِدَةً تجْمَعُ نفيًا) لِقولِ غيرِه (وإثباتًا) (٦) لِقولِه : بأنْ يقولَ : واللهِ (ما بعت بكذا وإنَّما بعت بكذا ثُمَّ يحلِفُ المشتري) بأنْ يقولَ : واللهِ (ما اشتريت بكذا وإنَّما اشتريت بكذا) عَبَّرَ كأصلِه بإنَّما المفيدَةِ للحَصرِ ولا حاجَةَ إليه بعدَ النَّفْيِ فتعبيرُ المنهاجِ كالشاشيِّ وَغيْرِهِ بقولِه : ولَقد أولى ، وتقديمُ النَّفْيِ على الإثباتِ مُستحَبٌّ لا واجِبٌ كما يُعلمُ مِمَّا يأتي ؛ لأنَّه الأصلُ

---

(١) (قوله : وناقَشَه في المطلَب بأنَّ مَأخَذَ البُداءَةِ إلخ) قال الزَّركَشيُّ وهو كما قال .

(٢) (قوله : لأنَّ جانِبَه أقوى إلخ) ولأنَّه يأتي بصَدرِ العقدِ .

(٣) (قوله : وقَضيَّةُ التعليلَيْنِ إلخ) هو كذلك في ثانيهما دونَ أوَّلِهما .

(٤) (قوله : أنَّه يبدَأُ بالمُشتري وقولُه وأنَّهما يتساويانِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِهما .

(٥) (قوله : فيحلِفُ البائِعُ إلخ) يحلِفُ الوارِثُ في الإثبات على البتِّ وفي النفي على نفيِ العِلمِ على الأصحِّ وفي مَعنَى الوارِثِ سَيِّدُ العبدِ المأذونِ لكنَّه يحلِفُ على البتِّ في الطَّرَفيْنِ .

(٦) (قوله : تجْمَعُ نفيًا وإثباتًا) لأنَّه مُدَّعًى عليه في النفيِ ومُدَّعٍ في الإثباتِ .

ولأنَّ الأصلَ يمينُ المدَّعَى عليه (١) ، ولأنَّه يلزَمُ من إثباتِ قولِه نفيُ قولِ صاحِبه بخِلافِ العكسِ فلا فائِدَةَ لِلتَّعَرُّضِ له بعدَ الإثباتِ غيرُ التصريحِ به .

وقد يُقالُ : قَضيَّتُه أنَّه إذا أتى بالإثباتِ فقط اكتُفي به ، ويُجابُ بأنَّهم إنَّما يكتفونَ في ذلك بالصَّريحِ ، وقَضيَّةُ كلامِ الجُمهورِ (٢) أنَّه لا يُكتفى أيضًا بقولِه ما بعت/ إلا بكذا وما اشتريت إلا بكذا ، لكن صرَّحَ الصَّيمَريُّ (٣) بالاكتِفاءِ به ؛ ١١٩/٢
لأنَّه أسرَعُ إلى فصلِ القَضاءِ ويلزَمُه الاكتِفاءُ أيضًا بإنَّما بعت بكذا وإنَّما اشتريت بكذا ، وقد نَقَلَ ابنُ الرِّفعَةِ ما يُوافِقُ قولَه عن نَصِّ الأُمِّ بعدَ مُوافقَتِه الجُمهورَ وذكَرَ نَحوه السُّبكيُّ وزادَ فقال : ووقَعَ في عِبارَةِ الشافعيِّ الإتيانُ بصيغَةِ الحصرِ في البائِعِ والتصريحُ بالنَّفيِ والإثباتِ في المشتري وهو مَحمُولٌ على قَصدِ المعَبِّرِ وبَيانِ أنَّ كُلًّا منهما جائِزٌ ا هـ فينبَغي الأخذُ به ، وعِبارَةُ المصنفِ تقتضي أنَّه لا يكتفي بيمينَيْنِ ، وبه يُشعِرُ كلامُ الماورديِّ (٤) ، وكلامُ الأصلِ وكثير يُشعِرُ بالجوازِ (٥) كما أشرت إليه أولَ الباب وهو الأوجَه (**والزَّوجُ في الصَّداقِ كالبائِعِ** (٦)) فيبدَأُ به لِقوَّةِ جانِبه ببَقاءِ التمَتُّعِ له كما قَوِي جانِبُ البائِعِ بعَوْدِ المبيعِ إليه ، ولأنَّ أثَرَ التحالُفِ يظهَرُ في الصَّداقِ لا في البُضعِ وهو باذِلُه فكان كبائِعِه .

(**فرعٌ : لو قَدَّمَ الإثبات**) على النَّفي (**جازَ**) ؛ لأنَّه المقصودُ ولِحُصولِ الغرَضِ بكُلٍّ من الأمرينِ (**فلو نَكلَ**) أحدُهما (**عن النَّفيِ والإثباتِ**) عن (**أحدِهما قُضي للحالِفِ**) لِتمامِ حُجَّتِه (**ولو نَكلا جَميعًا ولو عن النَّفيِ فقط وُقِف أمرُهما**) ، وكأنَّهما ترَكا الخُصومَةَ ، وهذا ما اختارَه في الرَّوْضَةِ من وجهَيْنِ ثانيهما : أنَّه كتحالُفِهما ونَقلَه

---

(١) (قوله : ولأنَّ الأصلَ يمينُ المدَّعَى عليه) وإنَّما يحلِفُ المدَّعي على إثبات قوله عندَ قَرينَةِ اللَّوثِ أو نُكولِ الخصمِ أو إقامَةِ الشاهِدِ الواحدِ .

(٢) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِ الجُمهورِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لكنْ صَرَّحَ الصَّيمَريُّ إلخ) نَسَبَه الماورديُّ لِبعضِ البصريِّينَ واقتضَى كلامُه تزييفه وعليه جَرَى ابنُ الرِّفعَةِ .

(٤) (قوله : وبه يُشعِرُ كلامُ الماورديِّ) قال الأذرَعيُّ وفي إشعارِ كلامِ الماورديِّ به نَظَرٌ وبُعدٌ .

(٥) (قوله : يُشعِرُ بالجوازِ) أشارَ إلى تصحيحِه ز .

(٦) (قوله : والزَّوجُ في الصَّداقِ كالبائِعِ) لو قال والزَّوجُ في العِوضِ لكان أشمَلَ لِئَلاَّ يخرُجَ عنه الاختلافُ في عِوضِ الخُلعِ ك والمُسَلِّمُ إليه والمُساقَى والمُقارَضُ والآجِرُ والمُكاتبُ في رُتبَةِ البائِعِ وأضدادُهم في رُتبَةِ المُشتري وقِس عليه . م .

عن بَسيطِ الغزاليِّ وعليه اقتصَرَ صاحِبُ الأنوارِ قال السُّبكيُّ : وهو ما جَزَمَ به الماورديُّ (١) ورأيت في الأُمِّ في أبواب الكِتابَةِ ما يشهَدُ له قال الأذرَعيُّ : وقَضيَّةُ كلامِ الغايةِ أنَّ المذهَبَ الأولُ قال الزَّركشيُّ : وبه جَزَمَ الشيخانِ في اختِلافِ الزَّوْجَيْنِ في الصَّداقِ لكنَّ الأقرَبَ أنَّه كتحالُفِهما لِنَصِّ الأُمِّ المشارِ إليْه قال : وعليه لو أرادَ أحدُهما أن يرجِعَ عن نُكولِه لم يُمَكَّنْ ، لأنَّه يُؤدِّي إلى لُزومِ العقدِ بعدَ جوازِه قال السُّبكيُّ : وينبَغي أنَّه إذا حَلَفَ (٢) أحدُهما لا تُعرَضُ اليمينُ على الآخَرِ إلا بعدَ أنْ يُعرَضَ المبيعُ عليه بما حَلَفَ عليه صاحِبُه فإنْ رَضيَ به لم يحلِفْه وإلا حَلَفَه قال : ويُشبه أنْ يكونَ العرضُ المذكُورُ مُستحَبًّا .

(**فصلٌ : لا ينفسِخُ**) العقدُ (**بالتحالُفِ**) من المتداعيَيْنِ ، لأنَّ اليمينَ لا تزيدُ على البَيِّنَةِ (٣) (**بل يعِظُهما**) الحاكِمُ أي يدعوهما إلى الموافقَةِ (**وإنَّ**) الأولى قولُ الأصلِ فإنْ (**سَمَحَ أحدُهما**) للآخَرِ بما ادَّعاه (**أُجبِرَ الآخَرَ**) عليه (**وإلا**) أي وإنْ لم يسمَح أحدُهما (**فسَخَ القاضي**) إن استمَرَّ نِزاعُهما (٤) وإنْ لم يسألاه الفسخَ قَطعًا لِلنِّزاعِ بل وإنْ أعرَضا عن الخُصومَةِ على ما صححه في شرحِ الإرشادِ (٥) لكنْ نَقَلَ الإسنَويُّ (٦) عن القاضي أنَّه ليس له الفسخُ حينَئِذٍ (**أو هما أو أحدُهما**) ، لأنَّه فسخٌ لاستِدراكِ الظلامَةِ فأشبَهَ الفسخَ بالعيبِ (**فإنْ فسَخا انفسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا كالإقالةِ وكذا إنْ فسَخَ القاضي أو الصَّادِقُ منهما**) لِتعَذُّرِ وُصولِهما إلى حَقِّهما كما في الفسخِ بالإفلاسِ فلِكُلٍّ منهما التصَرُّفُ فيما عادَ إليْه ، وترجيحُ الانفِساخِ باطِنًا من زيادَتِه ورَجَّحَه السُّبكيُّ (**وإنْ فسَخَ الكاذِبُ لم ينفسِخْ باطِنًا**) لِترَتُّبه على أصلِ كاذِبٍ (**وطَريقُ الصَّادِقِ إنشاءُ الفسخِ إنْ أرادَ المِلْكَ فيما عادَ إليْه**) وإنْ لم يُرِده فإنْ أنشَأَ

(١) (قوله : وهو ما جَزَمَ به الماورديُّ) والشيخانِ في كِتاب الصَّداقِ .

(٢) (قوله : قال السُّبكيُّ وينبَغي أنَّه إذا حَلَفَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه : ويُشبه أنْ يكونَ إلخ .

(٣) (قوله : لأنَّ اليمينَ لا تزيدُ على البيِّنَة) ولأنَّ كُلاًّ منهما قَصَدَ بيمينِه إثباتَ المِلكِ فلَم يجُز أن تكونَ موجِبةً لِلفسخ ولأنَّ العقدَ وقَعَ صحيحًا باتِّفاقِهما فلا ينفسِخُ إلا بالفسخ كَسائرِ العُقودِ .

(٤) (قوله : إنِ استمَرَّ نِزاعُهما) أشارَ إلى تصحيحِها .

(٥) (قوله : على ما صحَّحَه في شرحِ إرشادِه) عِبارَةُ إرشادِه فإنْ أخَّرا فلِكُلٍّ والحاكِمِ فسخُ عَقدٍ وعِبارَةُ تمشيته وإذا تحالَفا دَعاهما الحاكِمُ إلى الاتِّفاقِ فإنِ اتَّفقا فذاكَ وإلا فلِكُلٍّ منها الفسخُ ولِلحاكِمِ إذا سَألاه أيضًا الفسخُ وكذا إذا أعرَضا على الأصَحِّ اهـ أي عن سُؤالِهما .

(٦) (قوله : لكنْ نَقَلَ الإسنَويُّ إلخ) الذي يظهَرُ لي القطعُ به أنَّه لا يعترِضُ عليهما ع .

الفسخَ أيضًا فذاك وإلا فقد ظَفِرَ بمالِ مَنْ ظَلَمَه فيتَملَّكُه إنْ كان من جِنْسِ حَقِّه وإلا فيبيعُـه ليستوفِي حَقَّه من ثمَنِه ، وإنْ تقـارًّا على العقـدِ بلا تجديـدِ عَقـدٍ جازَ قالـه المحامِليُّ والرُّويانِيُّ ثُم الفسخُ فيما ذُكِرَ ليس فوريًّا على الأشبَه في المطلَب لِبَقاءِ الضَّرَرِ المحوجِ له ، ووقَعَ في نُسَخِه بَدَلَ ما شرَحنا عليه ما يُخالِفُ بعضَه فاجْتنِبه .

(فـرعٌ : إذا وقَعَ الفسـخُ لا يـرُدُّ المشتري الزَّوائِدَ المنفصِلَـةَ قبلَ الفسخِ) ولو قَبلَ القبضَ أي لا يلزَمُه رَدُّها لِما مَرَّ أنَّ الفسخَ يرفعُ العقدَ من حينِه لا من أصلِه بخِلافِ المتَّصِلَةِ ، لأنَّها تابعَةٌ للأصلِ ، وتقَدَّمَ أنَّ التحالُف يجْري عِنْدَ بَقاءِ العِوضِ وتلَفِه واعتُرِضَ بالرَّدِّ بالعيْب فإنَّه لا يجْري بعدَ التلفِ وأُجيبَ بأنَّ الرَّدَّ يعتمِدُ المردودَ والفسخَ يعتمِدُ العقدَ وبأنَّ الرَّدَّ يخْلُفُه الأرشُ فلا ضَرورَةَ إليْه بخِلافِ الفسخِ **(فلو كان)** باقيًا بحالِه لَزِمَ المشتري رَدُّه [1] كما عُلِمَ من كلامِه أو **(تالِفًا أو زائِلا عن مِلْكِه أو)** تعَلَّقَ به حَقٌّ لازِمٌ كأنْ كان **(مُكاتبًا)** كِتابَةً صَحيحَةً **(غَرِمَ قيمَته)** إنْ كان مُتقَوَّمًا [2] وإنْ زادَتْ على ثمَنِه ، ومِثله إنْ كان مِثليًا ، والعِبرَةُ بقيمَتِه **(يوْمَ التلَفِ)** أي تلَفِه حَقيقَةً أو حُكمًا إذ مَوْرِدُ الفسخِ العيْنُ لو بَقِيتْ والقيمَةُ خَلَفٌ عنها فلْتُعتبَر عِنْدَ فواتِ أصلِها ، فلو تحالَفا في عبدَيْنِ وقد مات أحدُهما / أو عَتَقَ رَدَّ ١٢٠/٢ المشتري الموْجودَ وقيمَةَ التالِفِ [3] ، وفارَقَ اعتِبارَها بما ذَكرَ اعتِبارَها لِمَعرِفَةِ الأرشِ بأقَلِّ قيمَتَيِ العقدِ والقبضِ كما مَرَّ بأنَّ النَّظَرَ إليها ثَمَّ لا لِتغرَمَ بل ليُعرَف منها الأرشُ وهنا المغرومُ القيمَةُ فكان اعتِبارُ حالَةِ الإتْلافِ أليقَ ذَكرَه الرَّافعِيُّ [4] .

(والمعيـبُ بنَحوِ إباقٍ وافتِضاضٍ) لِبكرٍ مِمَّا يُثبتُ الخيارَ **(يرُدُّه بالأرشِ)** أي معه وهو ما نَقَصَ من القيمَةِ ، لأنَّ الكُلَّ مَضمُونٌ عليه بجَميعِها فبعضُه ببعضِها فلو

---

(١) (قوله : لَزِمَ المُشتري رَدُّه) فمُؤْنَتُه عليه .

(٢) (قوله : غَرِمَ قِيمَته إنْ كان مُتقَوَّمًا إلخ) قال في المطلَب إنَّه المشهورُ وجَزَمَ به في الكِفايةِ وجَزَمَ به أيضًا صاحِبُ المعينِ وقال إنَّه محَلُّ وِفاقٍ وصحَّحَه السُّبكيُّ وهو المنصوصُ لِلشَّافِعِيِّ .

(٣) (قوله : رَدَّ المُشتري الموجودَ وقِيمَةَ التالِفِ) قال شيخُنا جَعله في الرَّوضَةِ مُفرَّعًا على تفريقِ الصَّفقَةِ في رَدِّ المعيب وإمساكِ السَّليم قَهرًا أمَّا إذا قُلنا بالمنعِ فيرُدُّ قِيمَةَ المعيب التالِفِ وقِيمَةَ السَّليمِ سَلِمًا ولِذا زادَ في العُبابِ أنَّه يرُدُّ قِيمَةَ المعيبِ والسَّليمِ بالرِّضا .

(٤) (قوله : ذكرَه الرَّافِعِيُّ) يُنتقَضُ بأنَّه جَعلَ النظَرَ إلى قِيمَةِ الثمَنِ التالِفِ عندَ رَدِّ المعيبِ حُكْمَ الأرشِ من اعتبارِها أقلَّ ما كانتْ من يومِ العقدِ إلى يومِ القبضِ مع أنَّ النظرَ فيها لِتغرَمَ .

تحالَفا في عبدٍ وقد سَقطَتْ يدُه رَدَّه (١) مع التفاوُتِ بين قيمَتِه سَليماً ومَعيبًا **(ووطؤُه الثَّيِّبَ ليس بعَيْبٍ)** فلا أرشَ له وكذا أرشُ وطءِ غيرِه لها إذا لم يتضَمَّنْ عَيْبًا كأنْ وطِئَها بشُبهَةٍ منها **(وكُلُّ أرشٍ وجَبَ في مَضْمُونٍ بالقيمَةِ فهو ما نَقَصَ منها أو)** مَضْمُونٍ **(بالثَّمَنِ فبما)** أي فهو مُعتبَرٌ بما **(نَقَصَ منه (٢))** يُرَدُّ على ما قاله في الضَّابطِ الأولِ ما لو قَطَعَ من الرَّقيقِ ما له أرشٌ مُقَدَّرٌ فإنَّه يضمَنُه بمُقَدَّرِه لا بما نَقَصَ من قيمَتِه إلا أنْ يكونَ غاصِبًا فيضمَنُه بالأكثَرِ كما سيأتي ، ولو عَبَّرَ بقولِ أصلِه (٣) : ما ضَمِنَ كُلَّه بالقيمَةِ فبعضُه ببعضِها (٤) لَسَلِمَ من ذلك لكنْ يُستثنَى من طَرْدِه ما لو تعَيَّبَ المعَجَّلُ (٥) في الزَّكاةِ فإنَّه لا أرشَ فيه كما مَرَّ وذكرَه الأصلُ هنا ، وما لو تعَيَّبَ الصَّداقُ في يدِ الزَّوْجَةِ وطَلَّقَها فإنَّه لا أرشَ له إن اختارَ الرُّجوعَ إلى الشطرِ وما لو رَأى عَيْبًا بالمبيعِ فرَدَّه وقد تعَيَّبَ الثَّمَنُ بنقصِ وُصِف كشَلَلٍ فإنَّه لا أرشَ له كما مَرَّ في الكلامِ على الأرشِ مع أنَّ الثَّلاثَةَ تُضْمَنُ بتلَفِها ومن عَكسِه ما لو اشترَى المغصوبَ من غاصِبه فإنَّه لو تعَيَّبَ في يدِه (٦) وغَرِمَ الأرشَ رجع به على الغاصِب ، ولو تلِف وغَرِمَ قيمَته لا يرجِعُ بها عليه وما لو جَنَى السَّيِّدُ على مُكاتبه كأنْ قَطعَ يدَه فيلزَمُه نِصفُ القيمَةِ ، ولو قَتله لم يغرَم شَيْئًا ، وأمَّا ما قاله في الضَّابطِ الثاني فليس بصَحيحٍ ؛ لأنَّ الأرشَ لا يُعتبَرُ بما نَقَصَ من الثَّمَنِ وإلا لَزِمَ أنْ لا أرشَ

---

(١) (قوله : فلو تحالَفا في عبدٍ وقد سَقطَتْ يدُه رَدَّه) قال شيخُنا أي بالرِّضا أخذًا مِمَّا مَرَّ في تلَفِ أحدِ العينَيْنِ .

(٢) (قوله : فبما نَقَصَ منه) أي المضمونِ وكَتبَ باعتبارِ نَقصِ قِيمَته فهو مِثلُ تلك النِّسبةِ من الثمَنِ .

(٣) (قوله : ولو عَبَّرَ بقولِ أصلِه إلخ) قد عَدَلَ المُصَنِّفُ عن تعبيرِ أصلِه إلى ما قاله فسَلِمَ مِمَّا أورَدَ عليه طَرْدًا وعَكْسًا .

(٤) (قوله : ما ضَمِنَ كُلَّه بالقِيمَةِ فبعضُه ببعضِها) سَكَت الرَّافِعِيُّ عن عَكْسِه هذه القاعِدَةُ وقال الإمامُ إنَّها مُنعَكِسَةٌ .

(٥) (قوله : لكنْ يُستثنَى من طَرْدِه ما لو تعَيَّبَ المُعَجَّلُ إلخ) والمبيعُ إذا تعَيَّبَ في يدِ البائِعِ وأخَذَه المُشتري ناقِصًا لا أرشَ له في الأصحِّ ولو رَجَعَ البائِعُ في المبيعِ عندَ إفْلاسِ المُشتري ووجَدَه ناقِصًا بآفةٍ سَماوِيَّةٍ أو بإتْلافِ البائِعِ فلا أرشَ له وإذا رَجَعَ المُقرِضُ في المُقرَضِ وقد تعَيَّبَ في يدِ المُقترِضِ لا أرشَ له قال شيخُنا سَيأتي في باب القرضِ أنَّه يأخُذُه مع أرشِه أو يرجِعُ في بَدَلِه .

(٦) (قوله : فإنَّه لو تعَيَّبَ في يدِه) قال شيخُنا أي الغاصِب أو المُشتري منه بسَبَبٍ مُتقَدِّمٍ في يدِ الغاصِب فقَرارُ الضَّمانِ حينَئِذٍ على الغاصِب لا على المُشتري أمَّا إذا تعَيَّبَ في يدِ المُشتري ابتداءً فقَرارُ الضَّمانِ عليه لا على الغاصِب .

إذا لم ينقُص الثَمَنُ عن قيمَةِ المبيعِ مَعيبًا ، واللازِمُ باطِلٌ ، وإنَّما يُعتبَرُ بنِسبَةِ ما نَقَصَ من القيمَةِ لو كان سَليمًا كما مَرَّ مع أنَّ المناسِبَ لكلامِه في الضَّابطِ الأولِ حَذفُ الباءِ من قولِه في الثّاني فبما (وإنْ رَهَنَه فإنْ شاءَ أخَذَ القيمَةَ أو انتظَرَ الفِكاك) قال الزَّركشيُّ [١] : وهذا يُخالِفُ ما ذُكرَ في الصَّداقِ [٢] من أنَّه لو طَلَّقَها قبلَ الوطءِ وكان الصَّداقُ مَرهونًا وقال : انتظِر الفِكاك لِلرُّجوعِ فلها إجبارٌ على قَبولِ نِصفِ القيمَةِ لِما عليها من خَطَرِ الضَّمانِ ، فالقياسُ هنا إجبارُه على أخذِ القيمَةِ وهو الذي أورَدَه المتولّي . انتهى .

ويُجابُ بأنَّ المطَلَّقَةَ [٣] قد حَصَلَ لها كسرٌ بالطَّلاقِ فناسَبَ جَبرَها بإجابَتِه بخِلافِ المشتري (وإذا أجَّرَه رجع فيه مُؤَجَّرًا) لا في قيمَتِه بناءً على جوازِ بيعِ المؤَجَّرِ (ولِلمُشتري المسَمَّى) في الإجارَةِ (وعليه للبائِعِ أُجرَةُ المِثلِ) لِلمُدَّةِ الباقيةِ من وقتِ الفسخِ إلى انقِضائِها ، (ولو كان المستأجِرُ البائِعَ) فإنَّه يرجِعُ فيه بناءً على أنَّ بيعَ الدّارِ لِمُستأجِرِها لا تنفسِخُ به الإجارَةُ وله على المشتري أُجرَةُ مِثلِه ولِلمُشتري المسَمَّى ، (والتلَفُ قد يكونُ حَقيقيًّا وقد يكونُ حُكميًّا بأنْ) أزالَ مِلكَه كأنْ (وقَفَ المبيعَ [٤] أو أعتقَه أو باعَه فتجِبُ القيمَةُ) وهذا مع قولِه ، فلو كان تالِفًا إلى قولِه : غَرِمَ قيمَته مُكرَّرٌ مع أنَّه لا يفي بالغرَضِ كما يُعرَفُ مِمَّا قَدَّمته ثم (و) هذِه

---

(١) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه .

(٢) (قوله : وهذا يُخالِفُ ما ذُكرَ في الصَّداقِ إلخ) قال البُلقينيُّ في بابِ الصَّداقِ إذا حَصَلَ الفِراقُ فوجَدَه مَرهونًا مَقبوضًا وقال أنا أصبِرُ من غيرِ أنْ أتسَلَّمَه قالوا إنَّ لِلزَّوجةِ الامتناعَ لِخَطَرِ الضَّمانِ وهذا المعنَى يأتي هنا وإنْ لَم يقُل أتسَلَّمُه فإنَّه لا يُجابُ إلى ذلك جَزمًا ومِثلُ ذلك يأتي هنا وقد ذكروه هناكَ أنَّه لو لَم يتَّفِق الطَّلَبُ حتى انفكَّ الرَّهْنُ ففي تعَلُّقِ حَقِّ الزَّوجِ بالعينِ وجهانِ وهنا جَزَموا بأنَّ لِلبائِعِ الصَّبرَ وقَضيَّتُه أنَّه لو اتَّفَقَ الانفِكاكُ قبلَ الطَّلَبِ كان له أخذُ العينِ جَزمًا وينبَغي أنْ يأتِيَ الوجهانِ وهما مُحتَمَلانِ من جِهَةِ المانِعِ القائِمِ عندَ الفِراقِ والفسخِ هنا ومن جِهَةِ أنَّ القِيمَةَ إنَّما كانت بَدَلا فإذا لَم يتَّصِل المقصودُ بأخذِها رَجَعَ إلى الأصلِ وهذا أرجَحُ على قِياسِ قَواعِدِ الإبدالِ .

(٣) (قوله : ويُجابُ أنَّ المُطَلَّقَةَ إلخ) يُفرِّقُ بينهما بأنَّ رُجوعَ الزَّوجِ في الصَّداقِ ابتداءُ تَمَلُّكٍ لا فسخٌ فلَم يتمَكَّنْ من تَمَلُّكٍ يضرُّها بسبَبِ خَطَرِ الضَّمانِ بخِلافِ الرُّجوعِ في غيرِ الصَّداقِ فإنَّه فسخٌ وهو يرفعُ العقدَ بأنَّها لا مَدخَلَ لها في حُصولِ فُرقَةِ الطَّلاقِ أو نحوِه فلِهذا أُجبِرَ على قبولِ نِصفِ القِيمَةِ .

(٤) (قوله : بأنْ وقَفَ المبيعَ) شَمِلَ ما لو وقَفه على بائِعِه (قوله : مُكَرَّرٌ) أعادَه توطِئَةً لِما بعدَه .

(التصرُّفاتُ صَحيحَةٌ) لِصُدورِها في محَلِّها .

١٢١/٢ (والتعيُّبُ) أيضًا / (قد يكونُ) حَقيقيًّا وقد يكونُ (حُكميًّا بأنَّ) الأولى كأنْ (زَوَّجَ الرَّقيقَ) عبدًا كان أو أمَةً (فعليه ما بين قيمَتِه مُزَوَّجًا وخَليًّا ويعودُ إلى البائِعِ) والنّكاحُ صَحيحٌ كما صرّحَ به الأصلُ ، وفيه أنّهما ما لو اختلَفا في القيمَةِ أو الأرشِ فالقولُ قولُ المشتري ، أي ، لأنَّه غارمٌ (وإذا فسَخَ) العقدَ على الرَّقيقِ (وهو آبقٌ غَرِمَ المشتري قيمَته للحَيْلُولَةِ) لِتعَذُّرِ حُصولِه (فلو رجع الآبقُ رَدَّه واستَرَدَّ القيمَةَ لا المرهونَ والمكاتبَ) كِتابَةً صَحيحَةً إذا لم يصبر البائعُ إلى زَوالِ الرَّهْنِ والكِتابَةِ فلا يغرَمُ المشتري قيمَتهما للحَيْلُولَةِ بل للفيْصولَةِ (فوُرودُ الفسخِ فيهما على القيمَةِ) لا على المبيعِ ، لأنَّهما يمنَعانِ تملُّكه لكونِه إبطالا لهما وهما لازِمانِ من جِهَةِ الرَّاهنِ والسَّيِّدِ فكانا كالبيعِ وتوقُّعُ زَوالِهما كتوقُّعِ عَوْدِ المبيعِ بخِلافِ الإباقِ ، ولِذلك مَنَعا رُجوعَ البائِعِ بالإفلاسِ ولم يمنَعه الإباقُ (ويتحالَفُ الوكيلانِ) في العقدِ (وفائِدَتُه الفسخُ) لا الإقرارُ (إذ لا فائِدَةَ في إقرارِهما) ؛لأنَّه لا يُقبَلُ في حَقِّ الموكِّلَيْنِ .

(فصلٌ) لو (اختلَفا في ثمَنِ عبدٍ) مَثَلا (وحَلَف كُلٌّ) منهما بعدَ التحالُفِ أو قبله (بعِتْقِه أنَّه الصَّادِقُ) فيما ادَّعاه بأنْ قال : إنْ لم يكن الأمرُ كما قُلت فهو عَتيقٌ (لم يحكم بعِتْقِه) في الحالِ ، لأنَّه مِلْكُ المشتري وهو صادِقٌ بزَعمِه (فإنْ عادَ إلى البائِعِ بفسخٍ أو غيرِه وهو مُكذبٌ) أي باقٍ على تكذيبه (للمُشتري) ، والتصريحُ بهذا القَيْدِ من زيادَتِه (عَتقَ) أي حكمَ (عليه) بعِتْقِه (ظاهرًا) مُطلَقًا (لا باطِنًا إنْ كذَبَ) فيما ادَّعاه وإنَّما عَتقَ عليه ظاهرًا (لاعتِرافِه بعِتْقِه على المشتري) فهو كمَنْ أقَرَّ بحُرِّيَّتِه ثُم اشتراه (وإنْ صَدَقَ) فيه (عَتقَ على المشتري) باطِنًا (ووقفُ) حالَتِي الكذِب والصِّدقِ (وولاؤُه) بينهما إذ لم يدَّعِه واحِدٌ منهما (وإنْ صَدَّقَه) أي وإنْ صَدَّقَ البائِعُ المشتري كما وُجِدَ في نُسخَةٍ هَكذا (نَظَرت فإنْ تقَدَّمَتْ يمينُه بالعِتْقِ على يمينِ المشتري لم يُعتقِ عليه لِتكذيبه إيَّاه بيمينِه) لِتأخُّرِها فهو مُقِرٌّ بحُرِّيَّتِه عليه (ثُم) لِلتَّرتيب الإخباريِّ ، ولو عَبَّرَ كأصلِه بالواوِ كان أولى (إنْ صَدَّقَه المشتري عَتقَ عليه وبطَلَ الفسخُ إنْ تفاسَخا) أي إنْ فُسِخَ العقدُ (ويثبُتُ له الولاءُ) من زيادَتِه (كما لو رُدَّ عبدٌ بعَيْبٍ واعترَف المشتري) بعدَه (بعِتْقِه بطَلَ الفسخُ وأخَذَ الأرشَ) أي أرشَ العيْب من البائِعِ وهذا من زيادَتِه (وحَكَمَ بعِتْقِه) قال السُّبكيُّ :

ومَحَلُّ ذلك إذا صَدَّقَه البائِعُ وإلا فليس له إبطالُ حَقِّه بمُجَرَّدِ دَعواه كما لو باعَه ثُم قال : كُنت أعتقته (فإنْ كان المبيعُ) فيما ذَكرَ (بعضَ العبدِ وعَتقَ) البعضُ (على البائِعِ بعَوْدِه إليه لم يُقوَّم) وفي نُسخَةٍ لم يسرِ (عليه) الباقي (لِعَدَمِ مُباشرَتِه العِتْقَ) ؛ لأنَّه إنَّما حَصَلَ بإقرارِه على غيرِه فصارَ كما لو ترَك ابنَيْنِ وعبدًا فقال أحدُهما : أعتقَه أبي وأنكرَ الآخرُ عَتقَ نَصيبُ المقِرِّ ولا يُقوَّمُ عليه الباقي .

(فصلٌ : وللمُشتري وطءُ الجاريةِ) المبيعَةِ (حالَ النّزاعِ وقبلَ التحالُفِ) على الأصَحِّ لِبَقاءِ مِلْكِه (و) في جوازِه (فيما بعدَه وجهانِ) مُرَتَّبانِ وأولى بالمنعِ لإشرافِه على الزَّوالِ والأوجَه جوازُه [١] كما اقتضاه تعليلُهم السَّابقُ بل قَضيَّتُه الجوازُ أيضًا [٢] بعدَ الفسخِ إذا لم يزُلْ به مِلْكُ المشتري كما في مَسألَةِ الرَّهْنِ المتقَدِّمَةِ قبلَ الفصلِ السَّابقِ .

(والقولُ قولُ البائِعِ) بيمينِه (في قدرِ ثَمَنِ المبيعِ) بعدَ قبضِه له (إنْ فسَخَ) البيعَ (بإقالةٍ أو عَيبٍ) ؛ لأنَّه غارِمٌ ، وتقَدَّمَتْ هذِه في الإقالةِ مع زيادَةٍ (و) القولُ قولُه بيمينِه أيضًا (في قيمَةِ التالِفِ من أحدِ عبدَيْ الصَّفقَةِ إذا رَضي بِرَدِّ الباقي) وحدَه عليه بعَيبٍ ، لأنَّه مَلَكَ الثَّمَنَ بالبيعِ فلا رُجوعَ عليه إلا بما أَقَرَّ به (وفي كونِه باعَ النَّخلَ مُؤَبَّرًا) بأن ادَّعَى ذلك لِتكونَ الثَّمَرَةُ له وادَّعَى المشتري أنَّه اشتراه غيرَ مُؤَبَّرٍ لِتكونَ له ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ مِلْكِه ، وقَضيَّةُ التعليلِ أنَّه لو قال : بعتُكها مُؤَبَّرَةً فقال : بل غيرَ مُطلَّعَةٍ وإنَّما اطَّلَعَتْ في مِلْكي لم يُصَدَّق البائِعُ وهو ظاهِرٌ [٣] ، واستُشكِلَتْ مَسألَةُ الكِتاب بأنَّ الظَّاهرَ فيها التحالُفُ كما أجابَ به ابنُ القَطَّانِ والصَّيْمَريُّ لاختِلافِهما في قدرِ المبيعِ ؛ لأنَّ البائِعَ يقولُ : إنَّه الشجَرَةُ فقط والمشتري يقولُ : أنَّه الشجَرَةُ والثَّمَرَةُ ، ويُجابُ بأنَّ التحالُفَ إنَّما يأتي لو صَحَّ وُرودُ العقدِ [٤] عليهما وادَّعاه المشتري وليس كذلك فإنَّ وُرودَه عليهما فاسِدٌ وهو إنَّما ادَّعَى وُرودَه على الشجَرَةِ ودُخولِ الثَّمَرَةِ تبعًا فلا تحالُفَ ويُؤَيِّدُه ما نَقَله الإمامُ عن الشيخِ

---

(١) (قوله : والأوجَه جَوازُه) هو الأصَحُّ .

(٢) (قوله : بل قَضيتهُ الجوازِ أيضًا إلخ) هو كذلك .

(٣) (قوله : وهو ظاهرُ ما ذكرَه) ممنوعٌ إذ قَضيَّةُ التعليلِ تصديقُ البائِعِ فيه أيضًا وعِبارَةُ المُصَنِّفِ كأصلِه شامِلَةٌ له .

(٤) (قوله : لو صحَّ وُرودُ العقدِ عليهما) قال شيخُنا صورَةُ عَدَمُ وُرودِ العقدِ على الثمَرَةِ إذا باعَها مُنفرِدَةً قبلَ بُدوِّ صَلاحِها بدونِ شرطِ قَطعِها .

١٢٢/٢ / أبي زَيْدٍ أنَّهما لو اختلَفا في ولَدِ الأمَةِ المبيعَةِ فقال البائِعُ : وضَعته قبلَ العقدِ فهو لي وقال المشتري : بل بعدَه صُدِّقَ البائِعُ [١] ، (والقولُ قولُ المشتري والمسَلَّمِ إليْه) بيمينِهما (في بَقاءِ أجَلٍ اختُلِف في ابتِدائِه) لأنَّ الأجَلَ حَقُّهما ، فإذا ادَّعَى غَرِيمُهما انقِضاءَه فقد ادَّعَى استِحقاقَ مُطالَبَتِه وهما يُنْكِرانِه فكان القولُ قولهما ، ولأنَّ كُلاًّ منهما لو اختلَف مع غَرِيمِه في أصلِ العقدِ كان القولُ قوله فكذا في صِفتِه (وإنْ) باعَ شَيْئًا فظَهَرَ أنَّه كان لابنِه أو مُوكِّلِه فوقَعَ اختِلافٌ بأنْ (قال الابنُ أو الموكِّلُ : باعَ أبي مالي في الصِّغَرِ) لِنفسِه مُتعَدِّيًا (أو) باعَ (وكيلي) مالي (مُتعَدِّيًا وقال المشتري : بل) باعَه (لِحاجَتِك أو بلا تعَدٍّ فالقولُ قولُ المشتري) بيمينِه ، لأنَّ كُلاًّ من الأب والوكيلِ أمينٌ فلا يُتَّهَمُ إلا بحُجَّةٍ ، وفي كلامِه لَفٌّ ونَشرٌ لا يخفى لكنْ قولُه : بلا تعَدٍّ يصلُحُ جوابًا للمَسألَتيْنِ .

* * *

(١) (قوله : صُدِّقَ البائِعُ) لأنَّ الأصلَ بَقاءُ مِلكِه .

(كِتابُ السَّلَمِ) (١)

ويُقالُ : له السَّلَفُ يُقالُ : أسلمَ وسَلَّمَ وأسلَف وسَلَّف وسُمِّي سَلمًا لِتسليم رَأسِ المالِ في المجلِسِ وسَلَفًا لِتقديمِه ، والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ قوله تعالى : ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا إذا تداينتُم بدَيْنٍ﴾ [البقرة :٢٨٢] الآيةُ فسَّرَها ابنُ عَبَّاسٍ بالسَّلمِ وخَبَرُ الصَّحيحَيْنِ (٢) : «مَـنْ أسلَفَ في شيءٍ فليُسْلِفْ في كيْلٍ مَعلُومٍ ووزنٍ مَعـلُومٍ إلى أجَلٍ مَعلُومٍ» (٣) (وهو بيعُ) شيءٍ (مَوْصوفٍ في الذِّمَّةِ (٤) ببَدَلٍ يجِبُ تعجيلُه) بمَجلِسِ البيعِ وأورَدَ عليه أنَّ اعتِبارَ التعجيلِ (٥) شرطٌ لِصِحَّةِ السَّلمِ لا رُكْنٌ فيه ، ويُجابُ بأنَّ ذلك رَسْمٌ لا يقدَحُ فيه ما ذُكِرَ ، وقَضِيَّةُ كونِ السَّلمِ بيعًا أنَّه لا يصِحُّ إسلامُ الكافِرِ في العبدِ المسلِمِ ، وهو الأصَحُّ في المجمُوعِ (٦) لكن صحَّح الماورديُّ القَطْعَ بصِحَّتِه وتبعَه السُّبكيُّ (٧) (وهو بيعُ) أيْ نَوْعٌ منه .

لكنَّه إنَّما يصِحُّ (بشُروطٍ) سِتَّةٍ زائِدَةٍ على شُروطِ البيعِ (٨) غيرِ الرُّؤيةِ ، وقولُه

---

(١) (كِتابُ السَّلَمِ) هل هو عَقدُ غَرَرٍ جوِّزَ لِلحاجةِ وجهانِ في الحاوِي أصحُّهما نَعَم وهو رُخصَةٌ .

(٢) رواه البخاري ، كتاب السَّلَم ، باب السلم في كيل معلوم ، حديث (٢٢٣٩) ، ومسلم ، كتاب المساقاة ، باب السلم ، حديث (١٦٠٤) كلاهما عن ابن عباس مرفوعًا .

(٣) (قوله : في الحديثِ : إلى أجَلٍ مَعلومٍ) كالشفقِ أو الفجرِ أو وسَطِ السَّنَةِ وبالقِياسِ على الثمَنِ فكما جازَ أن يكونَ في الذِّمَّةِ حالاً ومؤَجَّلا فكذلك المُثَمَّنُ ولأنَّ فيه رِفْقًا ، فإنَّ أربابَ الضِّيَاع قد يحتاجونَ إلى ما يُنفِقونَه على مَصالِحِها فيستلِفونَ على الغلَّـةِ ، وأربابُ النُّقودِ ينتفِعونَ بالرُّخصِ فجُوِّزَ لِذلك وإن كان فيه غَرَرٌ كالإجارَةِ على المنافِعِ المعدومَةِ ، ومَعنَى الحديثِ «مَنْ أسلَمَ في مَكيلٍ فليكُنْ مَعلومًا أو موزونٍ فليكُنْ مَعلومًا أو إلى أجَلٍ فليكُـنْ مَعلومًا» لا أنَّه حَصَرَه في الكيلِ والوزنِ والأجَلِ .

(٤) (قوله : وهو بَيْعٌ موصوفٌ في الذِّمَّةِ إلخ) بلَفظِ السَّلَمِ وليس لَنا عَقدٌ يختصُّ بصيغَةٍ إلا هذا والنِّكاحُ .

(٥) (قولـه : وأورَدَ عليه أنَّ اعتبارَ إلـخ) وعَقدُ الصَّرفِ والاستبدالِ عن المُثَمَّنِ بما يوافِقُه من الموصوفات في الذِّمَّةِ وكذا إجارَةُ الذِّمَّةِ .

(٦) (قوله : وهو الأصحُّ في المجموعِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : وتبعَه السُّبكيُّ) أي وغيرُه .

(٨) (قوله : زائِدَةٌ على شُروطِ البيعِ) الواردِ على ما في الذِّمَّةِ لا مُطلَقًا وإلا اقتضَى اشتراطَ رُؤيةِ المُسَلَّمِ فيه والصِّيغَةَ فلا ترِدُ صِحَّةَ سَلَمِ الأعمَى دونَ شِرائِه .

وهو بيعٌ مُكرَّرٌ **(الأولُ تسليمُ رَأسِ المالِ في المجلِسِ** [١]**)** إذْ لو تأخَّرَ لكان ذلك في معنى بيعِ الكالِئِ بالكالِئِ إنْ كان رَأسُ المالِ في الذِّمَّةِ ، ولأنَّ السَّلمَ عَقْدُ غَرَرٍ جوِّزَ للحاجَةِ فلا يُضَمُّ إليه غَرَرٌ آخَرُ **(ولو استوفى المسَلَّمَ فيه)** في المجلِسِ لأنَّ تسليمَه فيه تبَرُّعٌ ، والتبرُّعُ لا يُغيِّرُ مُقتضَى العقدِ [٢] ولا بُدَّ من شرطِ حُلولِ رَأسِ المالِ [٣] كما صرَّحَ به القاضي أبو الطَّيِّب ، ولا يُغني عنه شرطُ تسليمِه في المجلِسِ **(ويصِحُّ السَّلمُ والصَّرفُ وبيعُ الطَّعامِ بالطَّعامِ والعِوضانِ في ذِمَّتِه)** أي العاقِدُ بأنْ يكونَ أحدُهما في ذِمَّةِ أحدِ العاقِدَيْنِ والآخَرُ في ذِمَّةِ الآخَرِ ، وهما **(مَوصوفانِ بصِفةِ السَّلمِ)** ثُم يُعَيَّنُ ويُسَلَّمُ في المجلِسِ ما يجِبُ تسليمُه فيه فلو تفارَقا قبلَ القبضِ بطَلَ ، وكذا لو تخايرا قبله كما مَرَّ نَظيرُه في الرِّبا **(وإذا تفرَّقا بعدَ قبضِ البعضِ صَحَّ فيه بقِسْطِه)** كما لو اشترَى عبدَيْنِ فتلِفَ أحدُهما قبلَ القبضِ [٤] **(ولو قبَضَه)** منه المسَلَّمُ إليه **(في المجلِسِ ورَدَّه إليه عن دَيْنٍ)** له عليه **(صَحَّ)** كُلٌّ من الرَّدِّ والعقدِ **(كما ذَكرَه** الأصلُ **(في الرِّبا ، وصحَّحه في المهمَّاتِ** [٥]**)** هنا لأنَّ تصرُّفَ أحدِ العاقِدَيْنِ في مُدَّةِ خيارِ الآخَرِ إنَّما يمتنِعُ إذا كان مع غيرِ الآخَرِ لأنَّ صِحَّته تقتضي إسقاطَ ما ثَبَت له من [٦] الخيارِ إمَّا معه فيصِحُّ ويكونُ ذلك إجازَةً منهما كما ذَكرَه الشيخانِ في بابي الرِّبا والخيارِ .

* * *

---

(١) (قولـه : الأوَّلُ تسليـمُ رَأسِ المـالِ في المجلِسِ) لِخَبَرِ «مَن أسلَفَ فليُسلِفْ في كيـلٍ مَعلومٍ» والسَّلَفُ التقديمُ فاقتضَى التعجيلَ ، ولأنَّ السَّلمَ مُشتقٌّ من استلامِ رَأسِ المالِ أي تعجيلِه ، وأسماءُ العُقودِ المُشتقَّةِ من المعاني لا بُدَّ من تحَقُّقِ تلك المعاني فيها .

(٢) (قوله : والتبرُّعُ لا يُغيِّرُ مُقتضَى العقدِ) مُرادُه أنَّ ذلك يُؤدِّي إلى اشتراطِ قبضِ المُسَلَّمِ فيه وهو ليس بشرطٍ فيُؤدِّي إلى تغييرِ موضوعِ العقدِ فيبطُلُ .

(٣) (قوله : ولا بُدَّ من شرطِ حُلولِ رَأسِ المالِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه كالصَّرفِ ؛ لأنَّ من شرطِه التعيينَ وما وجَبَ تعيينُه لا يجوزُ أنْ يكونَ مُؤَجَّلا .

(٤) (قوله : كما لو اشترَى عبدَيْنِ فتلِفَ أحدُهما قبلَ القبضِ) يُؤخَذُ منه ثُبوتُ الخيارِ ، وصَرَّحَ به في الأنوارِ ، وهو الظَّاهرُ لكنْ جَزَمَ السُّبكيُّ تبَعًا لابنِ الرِّفعَةِ بنفيِه ، وقولُه : وصَرَّحَ به في الأنوارِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وصحَّحَه في المُهمَّاتِ) وقال البغَويّ : إنَّه الصَّحيحُ ا هـ فهو المذْهَبُ .

(٦) (قوله : ما ثَبَت له) أي الآخَرِ .

واعترَضَ به في المهمَّاتِ على ما نَقَلاه هنا عن الرُّويانيِّ وأقَرَّاه من عَدَمِ الصِّحَّةِ (١) لأنَّه تصرّف قبلَ انبرامِ مِلْكِه ، وتبعَه عليه المصنفُ حيثُ حذَفَ ذلك ، وذكرَ بَدَله الصِّحَّةَ ومُرادُه بقولِه : ذَكرَه في الرِّبا أنَّه ذَكرَ ما يُؤخَذُ منه ذلك لا أنَّه ذَكرَه بعَيْنِه وأفهَم كلامُه بالأولى ما صرّحَ به الأصلُ أنَّه لو قَبَضَ رَأسَ المالِ ثُم أودَعَه عندَ المسَلَّمِ في المجلِسِ جازَ (وإنْ أسلمَ إليه ما) له (في ذِمَّتِه أو صالحَ عن رَأسِ المالِ لم يصِحَّ) لِتعَذُّرِ قبضِه من نفسِه في الأولى ولِعَدَمِ قبضِ رَأسِ المالِ في المجلِسِ في الثانيةِ ، / (ويجوزُ جَعلُ المنفعَةِ رَأسَ مالٍ (٢)) كغيرِها (وتسليمُها بتسليمِ العينِ) واكتفى به وإنْ كان المعتبرُ القبضَ الحقيقيَّ كما سَيأتي لأنَّه الممكِنُ في قبضِ المنفعَةِ إذْ قبضُها بقبضِ العينِ لأنَّها تابعَةٌ لها ، وهذا من زيادَتِه على الرَّوْضَةِ وبه عُلِمَ أنَّه لو جَعل رَأسَ المالِ عَقارًا غائبًا ومَضَى في المجلِسِ زَمَنٌ يُمكِنُ فيه المضيُّ إليه ، والتخليةُ صَحَّ لأنَّ القبضَ فيه بذلك ، وقَضيَّةُ كلامِه أنَّه لو كانتِ المنفعَةُ مُتعَلِّقَةً ببَدَنِه كتعليمِ سورَةٍ وخِدْمَةِ شَهرٍ صَحَّ وبه صرّحَ الرُّويانيُّ (٣) ولم يطَّلِع عليه الإسنَويُّ فبَحَثَه لكنَّه استثنَى منه ما لو سَلَّمَ نفسَه ثُم أخرَجَها من التسليمِ لأنَّ الحُرَّ لا يدخُلُ تحت اليدِ وما استثناه مَردودٌ إذْ لا يُمكِنُه إخراجُ نفسِه كما في الإجارَةِ (٤) . ١٢٣/٢

(فرعٌ) لو (أحالَ) المسَلِّمُ المسَلَّمَ إليه (برَأسِ المالِ) وتفرَّقا (لم يصِحَّ) السَّلَمُ (وإنْ وفَّاه) أيْ رَأسَ المالِ (في المجلِسِ) سواءٌ أذِنَ فيه المحيلُ أم لا ، لأنَّ بالحوالَةِ يتحَولُ الحقُّ إلى ذِمَّةِ المحالِ عليه فهو يُؤدِّيه عن جِهَةِ نفسِه لا عن جِهَةِ المسَلِّمِ ، نَعَم إنْ قَبَضَه المسَلِّمُ من المحالِ عليه أو من المسَلَّمِ إليه بعدَ قبضِه بإذنِه وسَلَّمَه إليه في المجلِسِ صَحَّ (وإنْ أمَرَه المسَلِّمُ بالتسليمِ) إلى المسَلَّمِ إليه ففعل لم يكْفِ لِصِحَّةِ السَّلَمِ لأنَّ الإنسانَ في إزالَةِ مِلْكِه لا يصيرُ وكيلا لِغيرِه ، لكن (صارَ المسَلَّمُ إليه وكيلا للمُسَلِّمِ) في قبضِ ذلك ثُم السَّلَمُ يقتضي قبضًا آخَرَ ، ولا يصِحُّ قبضُه من نفسِه خِلافًا

---

(١) (قوله : من عَدَمِ الصِّحَّة) وفي فتاوى القاضي الحُسَيْنِ : أنَّه المذهَبُ وكَتَبَ أيضًا قال السُّبكيُّ قد تقَدَّمَ أنَّ أحدَ المتصارفيْنِ لو قبَضَ من الآخرِ ما دَفعَه إليه قَرضًا ثم رَدَّه إليه عَمَّا بَقِيَ له فالأصحُّ في الرَّوضَةِ المنعُ ،وصحَّحنا الصِّحَّةَ وهنا مِثلُه . ا هـ ليس ذاكَ نَظيرَ مَسألتنا .

(٢) (قوله : ويجوزُ جَعلُ المنفعَةِ رَأسَ مالٍ) كما يجوزُ جَعلُها ثَمَنًا وأُجرَةً وصَداقًا .

(٣) (قوله : وبه صَرَّحَ الرُّويانيُّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : إذ لا يُمكِنُه إخراجُ نفسِه إلخ) قال ابنُ العِمادِ : إذا أخرَجَ نفسَه من التسليمِ بغيرِ عُذْرٍ ثَبَت الخيارُ لِلمُسَلَّمِ إليه كَغَصْبِ الدَّارِ وإباقِ العبدِ أو بعُذْرٍ كالأكْلِ لَم يُؤثِّر .

لِما أفتى به القفَّالُ فيأخُذُه منه ثم يردُّه إليه وهذا بخِلافِ ما لو كان عندَ غيرِه مالٌ كوديعَةٍ فأسلَمَه له في شيءٍ لا يحتاجُ إلى ذلك بل هو كما لو باعَه مِمَّنْ في يدِه لأنَّه كان مملُوكًا قبلَ القبضِ بخِلافِه في مَسألَتِنا ذكَرَه المتولِّي وغيرُه قال السُّبكيُّ وغيرُه : وقَضيَّةُ التعليلِ بأنَّ الإنسانَ في إزالَةِ مِلْكِه لا يصيرُ وكيلا لِغيرِه أنَّه لو ادَّعَى الإقباضَ لم يُقبَل قولُه ، وقد قالُوا في المستأجِرِ يُؤْذَنُ له في العِمارَةِ بالأُجرَةِ فيدَّعيها أنَّ القولَ قولُه ا هـ وقد يُجابُ بأنَّ قَبولَ قولِه ثَمَّ ليس لكونِه وكيلا في إزالَةِ مِلْكِه بل لكونِه مَأذونًا له في العِمارَةِ فلْيُقبل قولُه هنا لكونِه مَأذونًا له في الدَّفعِ فلا فرقَ بين المسألَتَيْنِ، والإذنُ في الدَّفعِ هنا كالإذنِ في العِمارَةِ ثم وفيه إذ الوكيلُ في الدَّفعِ لا يُقبَلُ قولُه فيه ، فالأولى أنْ يُجابَ بأنَّ تِلْكَ [1] استُثْنِيتْ للحاجَةِ فلا يُقاسُ عليها .

(وإنْ جرَتِ الحوالَةُ) من المسَلَّمِ إليه (عليه) أيْ على رَأْسِ المالِ وتفرَّقا قبلَ التسليمِ (بطَلَ) العقدُ وإنْ جعَلْنا الحوالَةَ قبضًا ، لأنَّ المعتبَرَ هنا القبضُ الحقيقيُّ ولِهذا لا يكْفي عندَ الإبراءِ (نَعَم إنْ أمَرَ المسَلَّمُ إليه المسَلِّمَ بالتسليمِ إليه) أيْ إلى المحتالِ (ففعل في المجلِسِ صَحَّ القبضُ) وكان المحتالُ وكيلا فيه عن المسَلِّمِ فيصِحُّ العقدُ على خِلافِ ما مَرَّ في إحالَةِ المسَلِّمِ ، والفرقُ ما وجَّهوا به ذاك من أنَّ المقْبَضَ فيه يُقبَضُ عن غيرِ جِهَةِ السَّلمِ أيْ بخِلافِه هنا والحوالَةُ في المسألَتيْنِ بكُلِّ تقديرٍ فاسِدَةٌ ، لِتوقُّفِ صِحَّتِها على صِحَّةِ الاعتياضِ عن المحالِ به وعليه ، وهي مُنتفيةٌ في رَأْسِ مالِ السَّلمِ ، ولأنَّ صِحَّتها تستلْزِمُ صِحَّةَ السَّلمِ بغيرِ قبضٍ حَقيقيٍّ ، والتصريحُ بقولِه في المجلِسِ من زيادَتِه .

(فرعٌ : لو كان رَأْسُ المالِ عبدًا فأعتقَه المسَلَّمُ إليه قبلَ القبضِ لم يكنْ قبضًا) لأنَّه إنْ لم يصِحَّ العِتْقُ على ما يأتي بيَانُه فظاهرٌ ، وإنْ صَحَّ فالمعتبَرُ القبضُ الحقيقيُّ ولم يُوجَدْ (ثم إنْ تفرَّقا بعدَ القبضِ بانَ صِحَّةُ العقدِ [2]) لِوُجودِ الشرطِ (وفي) نُفوذِ (العِتْقِ وجهانِ) : كالوجهَيْنِ فيما لو أعتقَ الرَّاهنُ المرهونَ وقُلْنا لا ينفُذُ فانفكَّ الرَّهْنُ قاله المتولِّي ، ومُقتضاه تصْحيحُ عَدَمِ النُّفوذِ ، والصَّحيحُ النُّفوذُ [3] كما

---

(١) (قوله : فالأولى أنْ يُجابَ بأنَّ تلك إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ثم إنْ تفرَّقا بعدَ القبضِ بَانَ صِحَّةُ العقدِ) فينبَغِي أنْ لا يصِحَّ فإنَّه قبَضَه بعدَ خُروجِه من مِلكِه بالعِتْقِ فينبَغِي أنْ يصِحَّ القبضُ دونَ العِتْقِ قال شيخُنا : لَعَلَّه سومِحَ فيه لِتشَوُّفِ الشارعِ لِلعِتْقِ .

(٣) (قوله : والصَّحيحُ النُّفوذُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

جَزَمَ به الشيخُ عبدُ الغفَّارِ القَزوِينيُّ (١) في عُبابه ، وصحّحه شَيْخُنا أبو عبدِ الله الحِجازيُّ في مُختصَرِ الرَّوْضَةِ ، وهو ظاهرٌ قياسًا على عِتقِ المشتري المبيعَ قبلَ قبضِه وإن افترَقا من وجهٍ (أو) تفرَّقا (قبله بطَلَ العقدُ) لانتِفاءِ شرطِه ولو جعل رَأْسَ المالِ مَن يُعتقُ على المسَلَّمِ إليه ، فقياسُ ما ذَكرَ الصِّحَّةُ إنْ قَبَضَه وإلا فلا .

(فرعٌ : وإنْ فسَخَ السَّلمَ) افتضَى (تعَيَّنَ رَدُّ رَأْسِ المالِ (٢)) إلى المسَلِّمِ (ولو لم يُعَيَّنْ في العقْدِ) لأنّه عَيْنُ مالِه (وإنْ تلِف فبَدَلُه) وهو المِثلُ في المِثليّ والقيمَةُ في المتقوّمِ (وإنْ قال المسَلِّمُ : أقبَضتُك) رَأْسَ المالِ (بعدَ التفرُّقِ فقال) بل (قبله وأقاما بَيِّنَتيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المسَلَّمِ إليه (٣)) لأنَّها مع مُوافقَتِها لِلظَّاهِرِ (٤) ناقِلَةٌ ، والأُخرى مُستصْحَبَةٌ سواءٌ أكان رَأْسُ المالِ بيدِ المسَلَّمِ إليه أم بيدِ المسَلِّمِ بأنْ قال له المسَلَّمُ إليه قَبَضته قبلَ التفرُّقِ ثُم أودَعتكه أو غَصَبته مِنِّي ، فعِبارَتُه أولى من تقييدِ الأصلِ بالشِّقِّ الأولِ فإنْ لم تكنْ بَيِّنَةٌ صُدِّقَ مُدَّعِي الصِّحَّةِ كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ .

(فرعٌ) لو (أسلمَ دراهمَ) أو دَنانيرَ (في الذِّمَّةِ حُمِلَ على غالِب نَقْدِ البَلَدِ فإنْ لم يكنْ) غالِبٌ بأن استوتِ النُّقودُ (بينه) أي النَّقْدِ المرادِ وإلا لم يصِحَّ كالثَّمَنِ في المبيعِ(أو) أسلمَ (عَرَضًا) في الذِّمَّةِ (وجَبَ وصْفُه) / أيْ ذِكْرُ قدرِه وصِفتِه ١٢٤/٢
(وإذا أسلمَ) المالَ (المعَيَّنَ) من نَقدٍ أو عَرَضٍ ولو مِثليًا (جُزافًا أو كان) رَأْسُ المالِ (جوْهَرَةً) مُعَيَّنَةً أو في الذِّمَّةِ (صَحَّ) وإنْ لم يصِحَّ السَّلمُ في الجوْهَرَةِ اكْتِفاءً بالمعاينَةِ (٥) ، فلا يُشترَطُ ذِكْرُ صِفتِه ولا قدرِه سواءٌ السَّلمُ الحالُّ والمؤَجَّلُ وسواءٌ أعَلِمَ العاقِدانِ القدرَ (٦) والقيمَةَ قبلَ تفرُّقِهما أم لا ، وما ذُكِرَ في المِثليّ من أنَّه لا يُشترَطُ

---

(١) (قوله : كما جَزَمَ به الشيخُ عبدُ الغفَّارِ إلخ) وصاحِبُ التعليقَةِ .

(٢) (قوله : تعَيَّنَ رَدُّ رَأسِ المالِ) إنْ لَمْ يتعلَّق به حَقُّ ثالِثٌ .

(٣) (قوله : قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المُسَلَّمِ إليه) لو قال المُسَلَّمُ إليه : تفرَّقنا قبلَ القبضِ وأنكرَ المُسَلِّمُ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُه .

(٤) (قوله : لأنَّها مع موافقَتِها لِلظَّاهِرِ ناقِلَةٌ) لأنَّ معها زيادَةَ عِلمٍ ، وهو القبضُ قبلَ التفرُّقِ .

(٥) (قولُه : اكتفاءً بالمُعاينَةِ) وقيلَ لا تكفي رُؤيَةُ رَأسِ المالِ بل يُشترَطُ ذِكْرُ قدرِه وصِفته فإنْ عِلماهما قبلَ التفرُّقِ صحَّ قَطْعًا .

(٦) (قوله : وسَواءٌ أعَلِمَ العاقِدانِ إلخ) أُستشكِلَ بأنَّ ما وقَعَ مجهولا لا ينقَلِبُ صحيحًا بالمعرفةِ في المجْلِسِ كما لو قال بعتُك بما باعَ به فُلانٌ فرَسَه فإنَّه لا يصِحُّ على الأصحِّ ، وإنْ حَصَلَ العِلمُ قبلَ التفرُّقِ ، قال البُلقِينيُّ : إنَّ العِلمَ هناكَ لِدَفعِ الغرَرِ في العقدِ وهنا لأجلِ ما يرِدُ عندَ الفسخِ فكان أخَفَّ .

فيه ذلك هو ما صححه الشيخانِ قال البُلْقينيُّ : وهو ما اختارَه المزَنيّ ، لكن نَصّ الشافعيُّ في الأُمِّ على أنَّ أحبَّ القولَيْنِ إليه الاشتِراطُ (والقولُ) فيما إذا اتَّفق فُسِخَ وتنازَعا (في قدرِه) أيْ رَأسِ المالِ (قولُ المسَلَّمِ إليه) بيمينِه لأنَّه غارِمٌ .

(الشرطُ الثاني [١] : كوْنُ المسَلَّمِ فيه دَيْنًا [٢]) لأنَّه الذي وُضِعَ له لفظُ السَّلَمِ (فإنْ قال : أسلمت إليك ألفًا في هذا) العبدِ مَثَلًا (أو) أسلمت إليك (هذا) العبدَ (في هذا) الثَوبِ (فليس بسَلَمٍ) لانتِفاءِ شرطِه (ولا بيعًا) لاختِلالِ لفظِه [٣] لأنَّ لفظَ السَّلَمِ يقتضي الدّينيّةَ ، وهذا جَرى على القاعِدةِ من ترجيحِ اعتِبارًا لِلَّفظِ ، وقد يُرَجِّحونَ اعتِبارَ المعنَى إذا قَوِيَ كترجيحِهم في الهبَةِ بثَوابٍ مَعلُومٍ انعِقادُها بيعًا والصُّورَةُ الأُولى في كلامِه من زيادَتِه (وإذا قال بعتُك بلا ثمَنٍ) أو ولا ثمَنَ لي عليك (فقَبِلَ لم يكنْ هبَةً) اعتِبارًا باللفظِ ولا بيعًا لاختِلالِ الصِّيغَةِ برَفْعِ آخِرِها أولها (وهلْ يضمَنُه) القابلُ (بالقبضِ ، وجهانِ) قال ابنُ الصَّبَّاغِ : إن اعتبَرنا اللفظَ ضَمِنَ أو المعنَى فلا (أو) قال (بعتُك وسَكت) عن الثمَنِ فقَبِلَ لم يكنْ هبَةً نَظَرًا لِلَّفظِ ولا بيعًا لِعَدَمِ ذِكْرِ الثمَنِ فهو بيعٌ فاسِدٌ فإذا قَبَضَ القابلُ المبيعَ (ضَمِنَه) فيرُدُّه إنْ كان باقيًا ، وبَدَله إنْ كان تالِفًا (والسَّلَمُ بلفظِ البيعِ) الخالي عن لفظِ السَّلَمِ كأنْ قال : اشتريت منك ثَوبًا صِفتُه كذا بهذِه الدّراهمِ أو بعَشرَةِ دراهمَ في ذِمَّتي فقال بعتُك (بيعٌ) نَظَرًا لِلَّفظِ وهذا ما صحّحه الشيخانِ وقيلَ : سَلَمٌ نَظَرًا للمعنى ، ونَصَّ عليه الشافعيُّ ونَقَله الشيخُ أبو حامِدٍ عنه وعن العِراقيِّينَ وصحّحه الجُرجانيُّ والرُّويانيُّ وابنُ الصَّبَّاغِ ، وقال الإسنَويُّ - بعدَ نَقلِه ذلك- : فلْتكن الفتوى عليه ،

---

(١) (قوله : الشرطُ الثاني) المُرادُ بالشرطِ هنا ما لا بُدَّ منه فيتناولُ جُزءَ الشيءِ .

(٢) (قوله : كونُ المُسَلَّمِ فيه دَيْنًا) قال شيخُنا : لا تكْرارَ في هذا مع ما تقدَّمَ من أنَّه بَيْعُ موصوفٍ في الذِّمَّةِ بلَفظِه ، ومن لازِمِه الدَّيْنِيَّةُ لأنَّه تعريفٌ بالرَّسْمِ .

(٣) (قوله : لاختلالِ لَفظِه) قال الزَّركَشيُّ : والضَّابطُ الجامِعُ أن يُقال إنَّ اللَّفظَ إن كان مُتهافِتًا بحيثُ يُناقِضُ آخرُه أوَّلَه كَبعتُ بلا ثَمَنٍ لَم ينعَقِد بَيْعًا قَطعًا ولا هبةً على الأصحِّ ، وكذلك لو لَم يكُن مُتهافِتًا ولكن كان اللَّفظُ قد اُشتُهِرَ استعمالُه في مَعنًى خاصٍّ فإذا نُقِلَ إلى غيرِه لَم ينعَقِد فلا نَنظُرُ إلى المعنَى على الأصحِّ كأسلَمتُ إليك هذا الثوبَ في هذا العبدِ فإنَّه لا ينعَقِدُ سَلَمًا لِفقدِ شرطِ الدَّيْنِيَّةِ في المُسَلَّمِ فيه ، ولا بَيْعًا على الأصحِّ لاشتهارِ لَفظِ السَّلَمِ في بُيوعِ الذِّمَمِ ، وإن لَم يكُن كذلك لكنَّ المعنَى أرجَحُ فالأظهَرُ اعتبارُه كوهَبتُكَ بكذا فإنَّه ينعَقِدُ بَيْعًا على الأصحِّ نَظَرًا إلى المعنَى وإن لَم يكُنِ المعنَى أرجَحَ فالأصحُّ اعتبارُ الصِّيغَةِ لأنَّها الأصلُ والمعنَى تابعٌ كاشتَرَيْتُ منك ثَوبًا صِفتُه كذا بهذه الدَّراهم .

وقال الأذْرَعيُّ : إنَّه المذهَبُ والمختارُ نَظَرًا إلى المعنَى ، واللفظُ لا يُعارِضُه ، إذ كُلُّ سَلمٍ بيعٌ كما أنَّ كُلَّ صَرفٍ بيعٌ فإطلاقُ البيعِ على السَّلمِ إطلاقٌ على ما يتناولُه وكلامُ الرَّافعيِّ في الإجارَةِ ظاهرٌ في ترجيحِه (١) **(لكن)** على الأولِ **(يجِبُ تعيينُ رَأْسِ المالِ (٢))** في المجلِسِ إذا كان في الذِّمَّةِ ليخرُجَ عن بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ وهذا من زيادَتِه (٣) **(لا القبضِ في المجلِسِ)** فلا يجِبُ ويثبُتُ فيه خيارُ الشرطِ ويجوزُ الاعتياضُ عنه (٤) وعلى الثاني ينعَكِسُ ذلك .

(فضلٌ : يصِحُّ السَّلمُ حالاً) كالمؤَجَّلِ وأولى لِبُعدِه عن الغرَرِ ولا مانِعَ (٥) وقولُه في الخبَرِ السَّابقِ أولَ الباب «لا إلى أجَلٍ مَعلُوم» أيْ إن كان مُؤَجَّلا كنَظيرِه فيما قبله إذ المعنَى في كيْلٍ مَعلُومٍ إن كان مَكيلاً ، ووزْنٍ مَعلُومٍ إن كان مَوْزونًا بدَليلِ جوازِ السَّلمِ في المعدودِ والمذْروعِ **(ومُؤَجَّلا)** لِما مَرَّ أولَ البابِ **(ولو أُطْلِقَ)** عن الحُلُولِ والتأجيلِ **(فهو حالٌّ)** كالثَّمَنِ في البيعِ المطلَقِ فلو كان المسَلَّمُ فيه مَعدومًا عندَ العقْدِ لم يصِحَّ كما يُعلمُ مِمَّا سَيأتي ، ولو ألحقا به أجَلا في المجلِسِ لَحِقَ أو ذَكرا أجَلا ثُمَّ أسقَطاه في المجلِسِ سَقَطَ أو حَذَفا فيه المفسِدَ لم / ينحَذِف فلا ينقَلِبُ العقْدُ صَحيحًا ١٢٥/٢

(١) (قوله : وكلامُ الرَّافِعِيِّ في الإجارَةِ ظاهرٌ في ترجيحِه) ذكرَ الرَّافِعِيُّ في الأيْمانِ أنَّ مَن حَلَفَ لا يأكُلُ طَعَامًا اشتراه زَيْدٌ يحْنَثُ بما يملِكُه بالسَّلَمِ لأنَّه شِراءٌ في الحقِيقَةِ والإطْلاقِ .

(٢) (قوله : لكنْ يجِبُ تعيينُ رَأسِ المالِ) أي الثمَنِ .

(٣) (قوله : وهذا من زيادَتِه) نَبَّهَ عليه الفارِقيُّ وغيرُه مِمَّنْ تكلَّمَ على المُهذَّب أخذًا من كلامِ المحامِليِّ ويُؤخَذُ منه امتناعُ تأجيلِه .

(٤) (قوله : ويجوزُ الاعتياضُ عنه) ينبَغِي أنْ لا يجوزَ الاعتياضُ عنه قولا واحدًا لأنَّه مُثمَّنٌ ، والاعتياضُ عنه غيرُ جائِزٍ ، أمَّا إنَّه مُثمَّنٌ وليس بثَمَنٍ لأنَّا إن قُلنا إنَّ الثمَنَ هو النقدُ فهو الدَّراهمُ هنا ، وإنْ قُلنا ما اتَّصلَتْ به الباءُ فكذلك ا هـ . ولَعَلَّ هذا سَبَبُ حَذْفِ المُصَنِّفِ له لأنَّه مَبنِيٌّ على جَوازِ الاعتياضِ عن المبيعِ الثابتِ في الذِّمَّةِ ، والأصحُّ خلافُه ، ويُجابُ بأنَّه فُهِمَ أنَّ كلامَ الشيخَيْنِ في الاعتياضِ عن الثوب وليس كذلك إذ كلامُهما في العشَرَةِ دراهمَ يجِبُ تعيينُها في المجْلِسِ ويجوزُ الاعتياضُ عنها وقد عُلِمَ ما ذكرته من تصويرِه بإيرادِه الشِّراءَ على الموصوفِ وإدخالِه الباءَ في الدَّراهمِ فعُلِمَ منه أنَّ الموصوف مَبيعٌ وأنَّ الدَّراهمَ ثَمَنٌ .

(٥) (قوله : ولا مانِعَ) خَرَّجَ به الكِتابةَ لِعَجْزِ الرَّقِيقِ في الحالِ عن الحالِّ وهذا إذا كان المُسَلَّمُ فيه موجودًا عندَ العقدِ وإلا اشترَطَ فيه التأجيلَ كالكِتابةِ وليس لَنا عَقدٌ يُشترَطُ فيه الأجَلُ غيرُهما ، وفائِدَةُ العُدولِ من البيعِ إلى السَّلَمِ الحالِّ أنَّ المالَ رُبَّما لا يكونُ حاضِرًا مَرئِيًّا فإنْ باعَه قبلَ الإحضارِ والرُّؤيةِ يبطُلُ بَيْعُه وإنْ أخَّرَ فيفوتُه المُشتَرَى ، قولُه : ونحوُهما كعَقِب شَهرِ كذا أو عَجْزِه .

كما قَدَّمَ ذلك في البُيُوعِ المنهيّ عنها وأعادَه الأصلُ هنا .

(ويُشترطُ أنْ يكونَ الأجَلُ مَعلومًا) لِما مَرَّ أولَ الباب (فلا يُؤَقَّتُ بالحصادِ وقُدومِ الحاجِّ) ونَحوِهما (مُطلَقًا) أيْ سواءٌ أذكرَ معها وقتها أم لا ، إذْ ليس لها وقتٌ مُعَيَّنٌ وما روِي من «أنَّه ﷺ اشترَى من يهوديٍّ شَيْئًا إلى مَيْسَرَتِه» (١) فَمَحْمُولٌ إنْ صَحَّ (٢) على زَمَنٍ مَعلُومٍ عندَهم (ولا بالشِّتاءِ والصَّيْفِ والعُطاسِ إلا أنْ يُرِيدَ) كُلٌّ من العاقِدَيْنِ (الوقتَ) أيْ وقتها المعَيَّنَ فيصِحُّ (ويجوزُ) التأقيتُ (بشُهورِ الرُّومِ) مَثَلًا كتمُّوزَ وحُزَيْرانَ (وأعيادِ كُفَّارٍ) كالنَّيْروزِ والمِهْرَجانِ يُطلَقانِ على الوقتَيْنِ اللذَيْنِ (٣) تنتهي الشمسُ فيهما إلى أوائلِ بُرجَيْ الميزانِ والحمَلِ ؛ وذلك لأنَّها مَعلُومَةٌ كشُهورِ العرَب ، هذا (إنْ عَرَفَها المسلِمُونَ) ولو عَدلَيْنِ منهم (أو المتعاقِدانِ (٤)) بخِلافِ ما إذا اختصَّ الكُفَّارُ بمَعرِفتِها إذْ لا يُعتمَدُ قولُهم قال ابنُ الصَّبَّاغِ (٥) : إلا أنْ يبلُغوا عَدَدًا يمتنِعُ تواطُؤُهم على الكذِب (ولو وقَّتا بالنَّفْرِ وربيعٍ (٦) والعيدِ) أيْ : بواحِدٍ منها ولم يُقَيِّدا بالأولِ ، ولا بالثاني (صَحَّ وحُمِلَ على (٧) الأولِ) لِتحقُّقِ الاسمِ به ولو قال كأصْلِه : شَهْرُ رَبيعٍ كان أولى لِقولِ أهْلِ اللُّغَةِ لا يُقالُ رَبيعٌ بل شَهْرُ رَبيعٍ ، قالُوا : ولا يُضافُ لفظُ شَهْرٍ إلى شيءٍ من الشُّهورِ

(١) رواه البخاري ، كتاب البيوع ، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ، حديث (٢٠٦٨) ،ورواه مسلم كتاب المساقاة ، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر ، حديث (١٦٠٣) .

(٢) (قوله : فَمَحمولٌ إنْ صحَّ إلخ) ولَفظُ النسائِيّ «أنَّه ﷺ بَعَثَ إلى يهوديٍّ أنِ ابعَثْ إليَّ بثوبَيْنِ إلى المَيْسَرَةِ »ففيه جَوابٌ وهو أنَّه لَم يعقِد بل استدعَى ولهذا لَم يصِفِ الثوبَيْنِ فإذا عَقَدَ عُقِدَ بشُروطِه .

(٣) (قوله : يُطْلَقانِ على الوقتيْنِ اللَّذَيْنِ تنْتَهي الشمسُ فيهما إلخ) لكنْ قال القموليّ : النيْروزُ أوَّلُ يومٍ من توتٍ أوَّلُ السَّنَةِ القِبطيَّةِ ومَنْزِلُ الشمسِ في الميزانِ وبين النيْروزِ والمِهْرَجانِ تسعَةٌ وتسعونَ يومًا .

(٤) (قوله : أو المتعاقِدانِ) فرَّقَ الرَّافِعِيُّ بين هذا وبين ما سَيأتي في مَعرفةِ الصِّفات من أنَّه لا بُدَّ من مَعرِفةِ عَدلَيْنِ سِواهما على الأصحِّ بأنَّ الجهالَةَ هنا راجِعَةٌ إلى الأجَلِ فاحتُمِلَ فيها ما لا يُحتمَلُ في الأوصافِ لِرُجوعِ ذلك إلى المعقودِ عليه قال الأذْرَعِيُّ ولا طُمأنينةَ لِهذا الفرقِ .

(٥) (قوله : قال ابنُ الصَّبَّاغِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وتبعَه الشاشِيُّ وصاحِبُ الذَّخائرِ وغيرُه وجَزَمَ به صاحِبُ الانتصارِ .

(٦) (قوله : ورَبيعٌ) وجُمادَى .

(٧) (قوله : وحُمِلَ على الأوَّلِ) يعني الذي يلي العقدَ .

إلا إلى رَمَضَانَ والرَّبيعَيْنِ ويُنَوَّنُ رَبيعٌ إذا وُصِف بالأولِ أو الثاني ، ولا يُقالُ بالإضافةِ نَبَّهَ عليه النَّوويُّ ، وتقَدَّمَ في كِتاب الصَّوْمِ ما له بذلك تعَلُّقٌ (أو) وقَّتا (بالقَرّ) بفتحِ القافِ وتشديدِ الرَّاءِ (وهو حادي عَشرَ) ذي (الحِجَّةِ صَحَّ) سُمِّي به لأنَّ الحُجَّاجَ يَقِرُّونَ فيه بمِنًى وينفِرونَ بعدَه النَّفْرينِ في الثاني عَشرَ والثالِثَ عَشرَ والتأجيلُ في الحقيقَةِ بأيَّامِها لا بها نفسِها لأنَّها قد تتقدَّمُ وقد تتأخَّرُ .

(فرعٌ : والسَّنَةُ) المطلَقَةُ (تُحمَلُ على الهلاليَّةِ (١)) دون غيرِها ، لأنَّها عُرفُ الشرعِ قال تعالى : ﴿يسألُونَك عن الأهلَّةِ قُلْ هي مَواقيتُ لِلنَّاسِ والحجِّ﴾ [البقرة : ١٨٩] (فلو عَقَدا في آخِرِ يومٍ من الشهرِ) وفي مَعناه لَيلَتُه (٢) (فكُلُّ السَّنَةِ هلاليَّةٌ) فيُكتفى بمُضيِّها بعدَه فلا يكْمُلُ اليومُ مِمَّا بعدَها فإنَّها مَضَتْ عَرَبيَّةً كوامِلَ هذا (إنْ نَقَصَ الشهرُ الأخيرُ وإنْ كمُلَ انكسَرَ اليومُ الأخيرُ) الذي عَقَدا فيه فيُكمَلُ منه المنكسِرُ ثَلاثينَ يومًا لِتعَذُّرِ اعتِبارِ الهلالِ فيه دون البَقيَّةِ (أو) عَقَدا في آخِرِ (أولِ) وفي نُسخةٍ أو بعدَ (لحظَةٍ من المحرِمِ) وأُجِّلَ بسَنَةٍ مَثَلا (فهو مُنكسِرٌ وحدَه) فيُكمَلُ من السَّنَةِ الثانيةِ ثَلاثينَ يومًا ولا يُلغَى المنكسِرُ لِئَلا يتأخَّرَ ابتِداءُ الأجَلِ عن العقدِ أمَّا إذا عَقَدا أولَ الشهرِ (٣) فيُعتبَرُ الجميعُ بالأهلَّةِ تامَّةً كانت أو ناقِصَةً (وإنْ قال) العاقِدُ (شَمسيَّةً) وهي ثَلَثُمِائَةٍ وخَمسَةٌ وسِتُّونَ يومًا ورُبُعُ يومٍ إلا جُزءًا من ثَلَثمِائَةِ جُزءٍ من يومٍ أولُها الحمَلُ ، ورُبَّما جَعل النَّيْروزَ (أو روميَّةً) وهي ثَلَثُمِائَةٍ وخَمسَةٌ وسِتُّونَ يومًا ورُبُعُ يومٍ ، وقيلَ غيرُ ذلك أو فارِسيَّةً وهي ثَلَثُمِائَةٍ وخَمسَةٌ

---

(١) (قوله : والسَّنَةُ المُطلَقَةُ تُحمَلُ على الهلاليَّةِ) قال الأذْرَعيُّ حَمْلُ الإطلاقِ على الهلاليَّةِ ظاهِرٌ في بلادِ العرَبِ ، وكذا غيرُها إذا كان الأغلَبُ عندَهم التأجيلَ بها ، أمَّا لو كان ببلادِ الفُرسِ أو الرُّومِ أو غيرِهما مِمَّن الغالِبُ عندَهم التأقِيتُ بشُهورِهم فيجِبُ تنزيلُ إطلاقِهم عليها ، فإنِ استوى الأمرانِ وجَبَ التنصيصُ ثم رَأيت القاضي شُرَيْحًا الرُّويانيَّ قال في روضَةِ الحُكَّامِ : إنَّه إذا أطْلَقَ عَقدَ الإجارَةِ ولَمْ يذْكُرِ الهلاليَّ ولا العدَديَّ أنَّه إنْ كان عُرفُ الناسِ في ذلك البَلَدِ الهلاليَّ انصَرَف إليه أو العدَديُّ انصَرَف إليه وإنْ كان العُرفُ يجْري بهما انصَرَف إلى الأغلَبِ فإنِ استويا لَم تصِحَّ الإجارَةُ اهـ قال الأذْرَعيُّ وما قاله ظاهِرُ الحُسنِ .

(٢) (قوله : وفي مَعناه لَيلَتُه) ذكرَه الإسنَويُّ وغيرُه ، وفيه نظَرٌ لأنَّ اللَّيْلَةَ الأخيرَةَ يأتي بعدَها يومٌ كامِلٌ فيُحْسَبُ ويُكْمَلُ قَطعًا بخلافِ بعضِ اليومِ فس وهو ظاهِرٌ .

(٣) (قوله : أمَّا إذا عَقَدَ أوَّلَ الشهرِ إلخ) قال الشيخُ أبو حامِدٍ : إنْ وقَعَ العقدُ في اللَّيْلَةِ التي رُئِي فيها الهلالُ أُعتُبِرَ الجميعُ بالأهلَّةِ وتبِعَه ابنُ أبي عَصْرونٍ ، قال الزَّرْكَشيُّ : وإطْلاقُ الرَّافِعِيِّ يقتضي اعتبارَ العدَدِ .

وسِتُّونَ يومًا كُلُّ شَهرٍ ثَلاثونَ يومًا ويُزادُ في الآخِرِ خَمسَةٌ يُسَمُّونَها المسترِقَّةَ أو قَمَرِيَّةً ويُقالُ لها الهلاليَّةُ [١] والعرَبِيَّةُ وهي كما قال صاحِبُ المهذَّب وغيرُه : ثَلَثُمِائَةٍ وأربعَةٌ وخَمسونَ يومًا وخُمُس يومٍ وسُدُسُه ، وتوقَّف القاضي مُجَلِّي في زيادَةِ الكسْرينِ وصحّح الجيليُّ أنَّها ثَلَثُمِائَةٍ وخَمسَةٌ وخَمسونَ يومًا ، وقَرَّرَ الفرغانيُّ زيادَةَ الكسْرينِ بأنَّه يزيدُ في كُلِّ ثَلاثينَ سَنَةً أحدَ عَشرَ يومًا فإذا قُسِّطَتْ على السِّنينَ خَصَّ كُلَّ سَنَةٍ خُمُسُ وسُدُسُ يومٍ قال : وهذا إنَّما يحصُلُ باجْتِماعِ الشمسِ والقَمَرِ أمَّا برُؤيَةِ الهِلالِ فلا زيادَةَ نَقَله عنه القاضي مُجَلِّي ثُم قال : وهو / مُناقِضٌ لِقولِ المهذَّب في الهلاليَّةِ ١٢٦/٢
انتهى . وقد يُقالُ على بُعدٍ لا مُناقَضَةَ لاحتِمالِ أنَّ الهلاليَّةَ تزيدُ من حَيثُ الاجْتِماعِ المذْكُورِ لا من حَيثُ رُؤيَةِ الهِلالِ أو عَدَديَّةً وهي ثَلَثُمِائَةٍ وسِتُّونَ يومًا وهي مَذكُورَةٌ في الأصلِ (صَحَّ) وتقَيَّدَ بما قاله ، وأسْماءُ شُهورِ الفُرسِ والرُّومِ مَذكُورَةٌ في الأنوارِ وغيرِه .

(فرعٌ : وإنْ قال إلى الجُمُعَةِ أو إلى رَمَضانَ) مَثَلا **(حَلَّ)** الأجَلُ **(بأولِ جُزْءٍ منه)** لِتحقُّقِ الاسمِ به ورُبَّما يُقالُ بانْتِهاءِ لَيْلَةِ الجُمُعَةِ وبانْتِهاءِ شَعبانَ وهما بمَعنًى ، ذَكرَه الأصلُ **(فإنْ قال : يحُلُّ في يومِ الجُمُعَةِ أو في رَمَضانَ)** مَثَلا **(أو إلى أولِ رَمَضانَ أو آخِرِه لم يصِحَّ)** العقْدُ لأنَّه جَعل كُلًّا من الأولَيْنِ ظَرفًا فكأنَّه قال في وقْتٍ من أوقاتِه ، والثَّالِثُ يقَعُ على جَميعِ النِّصْفِ الأولِ ، والرَّابعُ على جَميعِ النِّصْفِ الآخَرِ ، وهذا بخِلافِ الطَّلاقِ لِجوازِ تعليقِه بالمجاهيلِ ، ورَدَّ ابنُ الصَّبَّاغِ الفرقَ بأنَّ قَضيَّته أنْ يقَعَ الطَّلاقُ في آخِرِه لا في أولِه فلمَّا وقَعَ في أولِه اقْتضَى أنَّ الإطلاقَ يقتضيه ، واستحسَنَه الرَّافعيُّ ، وأجابَ عنه إسْماعيلُ الحضرَميُّ [٢] بأنَّ

---

(١) (قولُه : أو قَمَرِيَّةً ويُقالُ لها الهلاليَّةُ إلخ) قال الإسنَويُّ : والأَشْهُرُ العرَبيَّةُ واضِحةٌ شَهْرٌ منها ثَلاثونَ وشَهرٌ تسعٌ وعِشرونَ إلا ذا الحِجَّةِ فإنَّه تسعَةٌ وعِشرونَ وخُمُسُ وسُدُسُ يومٍ فالسَّنَةُ العرَبيَّةُ ثَلاثُمِائَةٍ وأربَعَةٌ وخَمسونَ يومًا وخُمُسُ وسُدُسُ يومٍ ، قال الأذْرَعيُّ : وهذا تخبيطٌ فاحِشٌ سَبَبُه إدخالُه في كلامِ الفُقَهاءِ ما ليس منه وما ذكرَه من تخصيصِ ذي الحِجَّةِ بما ذكرَه من أعجَبِ العُجابِ فلا حَولَ ولا قوَّةَ إلا باللَّه .

(٢) (قولُه : وأجابَ عنه إسماعيلُ الحضرَميُّ إلخ) ويقرَبُ منه ما أجابَ به النوويُّ في مُسَوَّدَته على المهذَّب من أنَّ ما قاله ابنُ الصَّبَّاغِ لا يرُدُّ على الأصحاب لأنَّهم إنَّما أوقَعوا الطَّلاقَ في أوَّلِه ؛ لأنَّه يصْدُقُ عليه أنَّه في يومِ كذا فوجَبَ أنْ يقَعَ فيه لا أنَّه يقتضيه الوضعُ والعُرفُ ، ويصيرُ كما لو قال إنْ كلَّمت رَجُلا فأنت طالِقٌ فأيُّ رَجُلٍ كلَّمَته وقَعَ الطَّلاقُ لِوُجودِ الصِّفةِ ، ولا نَقولُ إنَّه اقتضاه الإطْلاقُ ، ومِمَّا يدُلُّ على صِحَّةِ ما قُلناه : أنَّه لو قال إنْ كلَّمت زَيْدًا في يومِ الجُمُعَةِ فأنت طالِقٌ فكلَّمَته نِصفَ النهارِ يومَ الجُمُعَةِ وقَعَ الطَّلاقُ فلو كان يقتضي تعيينَ أوَّلِه لَما وقَعَ .=

مُرادَهم أنَّ الطَّلاقَ لمَّا قَبلَ التعليقَ بالمجهولِ كقُدومِ زَيْدٍ قبله بالعامِّ وتعَلَّقَ بأولِه ، والسَّلمُ لا يُؤَجَّلُ بمَجْهولٍ فلا يُؤَجَّلُ بعامٍّ ، قال في المطْلَب : ويُفارِقُ ذلكَ صِحَّةَ التأجيلِ بالنَّفرِ ونَحوِه بأنَّ اسمَ النَّفرِ وُضِعَ لِكُلٍّ من الأولِ والثّاني بعَيْنِه ودَلالَتِه على كُلٍّ منهما أقوى من دَلالَةِ لفظِ الظَّرفِ على أزمِنَتِه فإنَّه لم يُوضَع لِشيءٍ منها بل دَلَّ على زَمَنٍ منها مُبْهَمًا ، وذلك أضعَفُ مِمَّا وُضِعَ لِعَيْنِه فانقَطَعَ إلحاقُه به انتهى والباءُ فيما ذَكَرَ كفى فيما يظهَرُ ثُم (١) ما ذَكَرَه المصنفُ في إلى أولِ رَمَضانَ أو آخِرِه نَقَله الشيخانِ عن الأصحاب (٢) ثُم قالا : قال الإمامُ البَغَوِيّ : ينْبَغي أنْ يصِحَّ (٣) ويُحمَلَ على الجُزْءِ الأولِ من كُلِّ نصْفٍ (٤) كما في النَّفرِ قال في الشرحِ الصَّغيرِ : وهو الأقْوى ، وقال السُّبْكيُّ : إنَّه الصَّحيحُ الذي يدُلُّ له نَصُّه في البويطيِّ ، وصرّحَ به الشيخُ أبو حامِدٍ والماورديُّ ، وذكرَ مِثله الإسنَوِيُّ ، ونَقَله الأذْرَعيُّ عمَّنْ ذَكرَ وغيرِه (٥) وعن نَصِّ الأمِّ قال : وهو الأصَحُّ نَقْلا وأقْوى دَليلا ، وقال الزَّركشيُّ : إنَّه المذْهَبُ وما عَزاه الشيخانِ للأصحاب تبعا فيه الإمامَ (وإذا أسلمَ في جِنسَيْنِ) أو أكثَرَ دَفعَةً واحِدَةً (إلى أجَلٍ أو عَكسَ) بأنْ أسلمَ في جِنسٍ إلى أجَلَيْنِ أو أكثَرَ دَفعَةً واحِدَةً (صَحَّ) بناءً على جوازِ تفْريقِ الصَّفقَةِ .

= قال ابنُ العِمادِ : والجوابُ الصَّحيحُ من وجهَيْنِ : الأوَّلُ مَنْعُ الجامعِ بينهما فإنَّ السَّلَمَ عَقدٌ والطَّلاقَ حَلُّ عَقدٍ ، ولا يستقيمُ قِياسُ العُقودِ على الحُلولِ لِتنافي أحكامِهما ، الثاني أنَّ الآجالَ يُقابلُها قِسطٌ من الثمَنِ وقولُه في يومِ كذا شائعٌ في اليومِ والنظَرُ فيه لا دَلالَةَ لها بطريقِ النَّصِ على أوَّلِ اليومِ فبَطَلَ العقدُ لِلإبهامِ كما لو باعَ أحدَ عبدَيْه ، وأمَّا الطَّلاقُ المعَلَّقُ فيقَعُ بوُجودِ شرطِه وأوَّلُ اليومِ شامِلٌ لِذلك فوقَعَ فيه لِصِدقِ اسمِ الشرطِ عليه وهذا من الواضِحات .

(١) (قوله : والباءُ فيما ذكرَ كَفى فيما يظهَرُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : نَقَله الشيخانِ عن الأصحاب) قال السُّبكيُّ : والمنقولُ عن الأصحاب لَم أرَه إلا في طَريقَةِ الخُراسانيِّينَ ، وقال ابنُ النقِيب : سَيأتي في الإجارَةِ والكِتابةِ الجزمُ بمَقالةِ الإمامِ البغَوِيّ .

(٣) (قوله : قال الإمامُ البغَوِيّ ينبَغي أن يصِحَّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : ويُحمَلُ على الجُزْءِ الأوَّلِ من كُلِّ صِنفٍ) على رَأيٍ مَرجوحٍ في آخرِه أمَّا على الرَّاجِحِ فيُحمَلُ على آخرِ جُزءٍ منه .

(٥) (قوله : ونقَله الأذْرَعيُّ عمَّنْ ذكرَ وغيرِه إلخ) سَوَّى الشيخُ أبو حامِدٍ بين إلى رَمَضانَ وإلى غُرَّته وإلى هلالِه وإلى أوَّلِه فإنْ قال : إلى أوَّلِ يومٍ من الشهرِ فالمحْمَلُ أوَّلُ جُزءٍ من أوَّلِ اليومِ وكذا الماورديُّ .

(الشرطُ الثالِثُ : القُدرَةُ على التسليمِ (١)) للمُسَلَّمِ إليه (وقت الوُجوب) لِلتَّسليمِ له ، وهذا كما قال الأصلُ لا يختصُّ بالسَّلمِ بل يعُمُّ كُلَّ بيعٍ ، وإنَّما صرّحَ به هنا مع الاغتِناءِ عنه بما مَرَّ في البيعِ ، ليُرتِّبَ عليه الفُروعَ الآتية قاله الإسنَويُّ (٢) ، وقال غيرُه : المقصودُ بيانُ محَلِّ القُدرَةِ وهو حالَةُ وُجوب التسليمِ وتارَةً تقترِنُ بالعقدِ لكونِ السَّلمِ حالاً وتارَةً تتأخَّرُ عنه لكونِه مُؤَجَّلا بخِلافِ البيعِ أيْ للمُعَيَّنِ فإنَّ المعتبَرَ اقْتِرانُ القُدرَةِ فيه بالعقدِ مُطلَقًا .

(فإنْ أسلمَ فيما يعدَمُ فيه (٣)) أيْ وقت الحُلولِ (كالرُّطَب في الشِّتاءِ أو) فيما (يعِزُّ) وُجودُه إمَّا (لِقِلَّتِه كالصَّيدِ حيثُ يُفقَدُ واللآلِئِ الكِبارِ) وهي ما تُطلَبُ لِلتَّزَيُّنِ (لم يصِحَّ) لأنَّ السَّلمَ عَقدُ غَرَرٍ فلا يُحتمَلُ إلا فيما يُوثَقُ به (ويجوزُ) السَّلمُ (في) اللآلِئِ (الصِّغارِ) وهي ما تُطلَبُ لِلتَّداوِي وضَبَطَها الجوينيُّ بسُدُسِ دينارٍ تقريبًا ، وإنْ قُصِدَتْ لِلتَّزَيُّنِ (إنْ عَمَّ وُجودُها كيْلا ووزنًا) والمناسِبُ ما في الأصلِ من ذِكْرِ اللآلِئِ بعدَ قولِه (أو لاستِقْصاءِ الأوصافِ) فيه كاليواقيتِ والزَّبَرجَدِ والمرجانِ لِنُدرَتِها باستِقصاءِ أوصافِها من ذِكْرِ حَجْمٍ وشَكْلٍ ووزنٍ وصَفاءٍ .

قال الماورديُّ : ولا بأْسَ بالسَّلمِ في البَلُّورِ لأنَّ صِفته مَضبوطَةٌ بخِلافِ العقيقِ فإنَّ الحجَرَ الواحِدَ منه يختلِفُ . (أو نُدرَةِ اجتِماعِها) بضَمِّ النُّونِ (مع الوصْفِ)
٢/١٢٧ المناسِبِ أو نُدرَةِ اجتِماعِه بالوصْفِ أيِ المشروطِ / (كجاريةٍ وولَدِها أو أُختِها (٤) وشاةٍ وسَخلَتِها ، وكذا حامِلٌ (٥)) من أمَةٍ أو غيرِها فهو أولى من تصْويرِ أصلِه بالأمَةِ (وشاةٍ لَبونٍ) وعبدٍ وولَدِه أو أخيه واستشكلَ الرَّافعيُّ ذلك بما لو شرَطَ كونَ العبدِ كاتِبًا أو الجاريةِ ماشِطَةً حيثُ يصِحُّ مع أنَّه ينْدُرُ اجتِماعُ ذلك بالصِّفاتِ

---

(١) (قوله : القُدرَةُ على التسليمِ) يأتي في تعبيرِه بالتسليمِ ما سَبَقَ في البيعِ .
(٢) (قوله : قاله الإسنَويُّ) وهذا السُّؤالُ يأتي على قولِهم : وكونُه مَعلومَ القدرِ وقولُهم ومَعرفةُ الأوصافِ لكونِ ذلك من شُروطِ البيعِ ، وجَوابُه ما تقَدَّمَ .
(٣) (قوله : فإنْ أسلَمَ فيما يعدَمُ فيه إلخ) لو كان السَّلَمُ حالاً وكان المُسَلَّمُ فيه موجودًا عندَ المُسَلَّمِ إليه في موضِعٍ ينْدُرُ فيه ففي الاستقصاءِ أنَّه يصِحُّ ولو أسلَمَ في صيدٍ من مُحْرِمٍ إلى وقتٍ يعلَمُ خُروجَه من الإحرامِ عندَه صحَّ وإلا فلا قاله في البحرِ .
(٤) (قولُه : أو أُختِها) وإنْ لَمْ تكُنْ لِلتَّسَرِّي أو أحدِ مُناسِبَيْها .
(٥) (قوله : وكذا حامِلٌ إلخ) أو خُنثَى وأصَحُّ .

المشروطَةِ ، وأجابَ عنه في المهمَّاتِ (١) بأنَّ الكِتابَةَ والمشطَ يسهلُ تحصيلُهما بالتعلُّمِ (٢) بخِلافِ الولَديَّةِ والأُخوَّةِ ونحوِهما **(أو للبُعدِ)** عن محَلِّ التسليمِ **(ككونِه بمَسافةٍ لا يُجلَبُ مثلُه منها في العادَةِ)** الغالِبَةِ **(للمُعامَلَةِ)** بأنْ لم يُجلَبْ أو يُجلَبُ نادِرًا أو غالِبًا للمُعامَلَةِ بل للهَديَّةِ ونحوِها **(لم يصِحَّ)** بخِلافِ ما إذا اعتيدَ جَلْبُه غالِبًا للمُعامَلَةِ فيصِحُّ وهذا التفصيلُ ذكَرَه الإمامُ ، وقال نَقْلا عن الأئمَّةِ : لا تُعتبَرُ مَسافةُ القَصْرِ هنا ، ونازَعَ الرَّافعيُّ في الإعراضِ عنها بما يأتي في مَسألَةِ انقِطاعِ المسَلَّمِ فيه ، ويُفرَّقُ بأنَّه لا مُؤْنَةَ لِنَقلِه على المسَلَّمِ إليه ، فحَيثُ اعتيدَ نَقْلُه غالِبًا للمُعامَلَةِ من محَلٍّ إلى محَلِّ التسليمِ صَحَّ وإنْ تباعَدا بخِلافِها فيما يأتي فإنَّها لازِمَةٌ له ، فاعتُبِرَ لِتخفيفِها قُربُ المسافةِ ، واعتِباري لِمحَلِّ التسليمِ أولى من اعتِبارِ كثيرٍ محَلَّ العقدِ وإنْ كُنت تبعتهم في شرحِ البَهجَةِ .

(وكذا لو عَسُرَ تحصيلُه (٣) **كالقدرِ الكثيرِ من الباكُورَةِ)** وهي أولُ الفاكِهَةِ لا يصِحُّ السَّلمُ فيه لِعِزَّةِ وُجودِه بخِلافِ قدرٍ منها لا يعسُرُ تحميلُه **(فإذا انقَطَعَ الموْجودُ)** أيْ ما يعُمُّ وُجودُه **(بجائِحَةٍ)** بعدَ العقدِ **(قبلَ الحُلُولِ لم يضُرَّ)** فلو عَلِمَ قبله انقِطاعَه فلا خيارَ له قبله إذْ لم يجِئْ وقتُ وُجوبِ التسليمِ **(أو)** انقَطَعَ **(بعدَه أو عندَه ، ولو)** كان الحُلُولُ **(بمَوْتِ المسَلَّمِ إليه قبلَ حُلُولِ الأجَلِ ثبَتَ)** للمُسَلِّمِ **(الخيارُ)** بين الفسخِ والصَّبرِ حتَّى يُوجَدَ المسَلَّمُ فيه دَفعًا لِلضَّرَرِ **(ولم ينفسِخْ)** أيْ العقدُ ، كما لو أفلَسَ المشتري بالثمَنِ أو أبَقَ العبدُ المبيعُ قبلَ قبضِه ؛ ولأنَّ المسَلَّمَ فيه

---

(١) (قوله : وأجابَ عنه في المهمَّات إلخ) اعترَضَ ما ذكرَ من الفرقِ من وجهَيْنِ أحدُهما أنَّ قاعِدَةَ الشافِعيِّ في السَّلَمِ أنْ يكونَ المسَلَّمُ فيه ممَّا يعُمُّ وُجودُه ويُؤْمَنُ انقِطاعُه والقُدرَةُ على التسليمِ لا تلحَقُ ذلك بما يُعلَمُ وُجودُه ، الثاني من قاعِدَةِ الشافِعيِّ جَوازُ السَّلَمِ حالاً في عبدٍ كاتبٍ فمن المعلومِ أنَّ الكِتابةَ لا يُمكِنُ تحصيلُها بالتعليمِ في يومَيْنِ ولا شَهرَيْنِ ومَتى كان التعليمُ مُتعَذِّرًا وجَبَ أنْ لا يصِحَّ السَّلَمُ حالاً في العبدِ الكاتبِ والجاريةِ الماشِطَةِ فظهَرَ بُطْلانُ هذا الفرقِ بالسَّلَمِ الحالِّ ا هـ . ووجهٌ في التتمَّةِ المنعُ في الجاريةِ وولَدِها بأنَّه إذا وصَفَ الجاريةَ فالسَّلَمُ في ولَدِها سَلَمٌ في بعضٍ مُعيَّنٍ والسَّلَمُ في المعَيَّناتِ لا يصِحُّ .

(٢) (قوله : يسهلُ تحصيلُهما بالتعليم) وهذا مُتأتٍّ ولو في السَّلَمِ الحالِّ بأنْ تكونَ تلك الصِّفةُ موجودَةً عندَ العقدِ أو تحُلُّ في زَمَنٍ يسيرٍ ، والحاصِلُ إنْ تيَسَّرَ إحضارُ عبدٍ أو أمَةٍ بتلك الصِّفةِ وإلا فيثبُتُ الخيارُ كما لو أخلَفَ الشرطَ في البيعِ .

(٣) (قوله : وكذا لو عَسُرَ تحصيلُه) بأنْ لا يحصُلَ إلا بمَشَقَّةٍ عَظيمَةٍ .

يتعَلَّقُ بالذِّمَّةِ وهي باقيةٌ ، والوفاءُ في المستقبَلِ مُمكِنٌ .

(فلو) وفي نُسخَةٍ فإنْ **(أجازَ)** العقدَ **(لم يسقُطِ الفسخُ وإنْ أسقَطَه)** صَريحًا كزَوْجَتَيِ المُولِي والمعسِرِ إذا رَضيتا وكالمشتري إذا أجازَ العقدَ عندَ إباقِ العبدِ قبلَ قبضِه ، ولأنَّه مُستحِقٌّ لِلتَّسليمِ في كُلِّ الأوقاتِ ، والإسقاطُ إنَّما يُؤثِّرُ في الحالِ دون ما يتجَدَّدُ فعُلِمَ أنَّ الخيارَ على التراخي ، ولو قال له المسَلَّمُ إليْه : لا تصبر وخُذْ رَأْسَ مالِكِ لم يلزَمه كما صرّحَ به الأصلُ **(ويجِبُ تحصيلُه)** أيِ المسَلَّمِ فيه **(بثَمَنِ المِثلِ وإنْ غَلا ، ولو)** كان تحصيلُه **(من غيرِ البلَدِ)** أيْ بَلَدِ التسليمِ **(إلى دون مَسافةِ القَصْرِ)** لِخِفَّةِ المؤنَةِ بخِلافِ ما إذا زادَتِ المسافةُ على ذلك فانقِطاعُه المثبتُ للخيار(١) على ما أفادَه كلامُه أنْ يُفقَدَ أو يُوجَدَ بمَحَلٍّ آخَرَ لكنَّه يفسُدُ بنَقْلِه أو لم يُوجَدْ إلا عندَ قومٍ لا يبيعونَه أو يبيعونَه بأكثَرَ من ثَمَنِ مِثلِه بخِلافِ ما إذا غَلا سِعرُه .

وقولُ الأصلِ : ولو كانُوا يبيعونَه بثَمَنٍ غالٍ وجَبَ تحصيلُه يقتضي أنَّه يجِبُ تحصيلُه وإنْ زادَ على ثَمَنِ مِثلِه ، وقد استُشكِلَ بنَظيرِه من الغضب فإنَّه لا يجِبُ تحصيلُه حينَئِذٍ فهنا أولى ، وقد جَعل الشارِعُ المَوْجودَ بأكثَرَ من قيمَتِه كالمعدومِ كما في الرَّقَبَةِ وماءِ الطَّهارَةِ ، وأجابَ عنه الإسنَوِيُّ (٢) بأنَّ المرادَ بالغُلُوِّ هنا ارتِفاعُ الأسعارِ لا الزِّيادَةُ على ثَمَنِ المِثلِ قال الأذْرَعِيُّ : وكلامُ المتولِّي يُشيرُ (٣) إليْه ، وهو قَضيَّةُ كلامِ المصنفِ ، وأجابَ الزَّركشيُّ بمَنْعِ قياسِ السَّلمِ على الغضب لأنَّ السَّلمَ عَقْدٌ وُضِعَ لِطَلَبِ الرِّبْحِ والزِّيادَةِ فكُلِّف المسَلَّمُ إليْه التحصيلَ لِهذا الغرَضِ المَوْضوعِ له العقدُ وإلا لانتفتْ فائِدَتُه بخِلافِ الغضب فإنَّه بابُ تعَدٍّ ، والمماثَلَةُ مَطْلُوبَةٌ فيه فلم يُكلَّفْ فيه الزِّيادَةُ لآيةِ ﴿فَمَنِ اعتدَى عليكُم﴾ [البقرة :١٩٤] ولأنَّ المسَلَّمَ إليْه التزَمَ التحصيلَ

(١) (قوله : فانقِطاعُه المُثبتُ لِلخيارِ إلخ) في مَعنَى انقِطاعِه ما لو غابَ المُسَلَّمُ إليه وتعَذَّرَ الوُصولُ إلى الوفاءِ مع وُجودِ المُسَلَّمِ فيه .

(٢) (قوله : وأجابَ عنه الإسنَوِيُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وكلامُ المُتولِّي يُشيرُ إليه) حيثُ قال : إذا كان جِنسُ المُسَلَّمِ فيه موجودًا في أيدي الناسِ ولكنْ يُباعُ بثَمَنٍ غالٍ فيلزَمُه التسليمُ وليس له فسخُ العقدِ وصارَ كما لو باعَ مِلكَه فتأخَّرَ التسليمُ حتى ازدادَتْ قِيمَتُه ليس له أن يمتنِعَ من التسليمِ وكذلك إذا أتلَفَ على إنسانٍ حِنطَةً في زَمانِ الرُّخصِ ثم قبلَ أنْ يستوفيَ منه المِثْلَ ارتفعَتِ الأسعارُ وغَلَت الحِنطَةُ يُؤمَرُ بتسليمِ المِثلِ فكذا هنا .

بالعقدِ (١) باختيارِه وقَبضَ البَدَلَ ، فالزِّيادَةُ إنَّما هي في مُقابَلَةِ ما حَصَلَ له من النَّماءِ الحاصِلِ مِمَّا قَبَضَه بخِلافِ الغاصِب .

(الشرطُ الرَّابعُ : بَيانُ مَحَلِّ) بفتحِ الحاءِ أيْ مَكان **(تسليم)** المسَلَّم فيه **(المؤَجَّلِ (٢) ، وإنَّما يُشترَطُ بَيانُه فيما لِحَمْلِه مُؤنَةٌ أو)** كان العقْدُ **(بمَكانٍ لا يَصْلُحُ لِلتَّسليمِ)** لِتفاوُتِ الأغراضِ فيما يُرادُ من الأمكِنَةِ في ذلك ، فإنْ لم يكنْ لِحَمْلِه مُؤنَةٌ وكان العقدُ بمَكانٍ يصلُحُ لِلتَّسليمِ لم يُشترَطْ ذلك ويتعَيَّنُ مَكانُ العقْدِ / لِلتَّسليمِ ١٢٨/٢
للعُرفِ ، ويكْفي في تعيينِه أن يقولَ تُسلِّمه لي في بلدَةِ كذا إلا أنْ تكونَ كبيرَةً كبَغدادَ والبَصْرَةِ ويكْفي إحضارُه في أولِها ، ولا يُكلَّفُ إحضارَه إلى مَنْزِله ولو قال في أيِّ البلادِ شِئْت فسَدَ وفي أيِّ مَكان شِئْت من بَلَدِ كذا ، فإن اتَّسَعَ لم يجُزْ وإلا جازَ أو ببَلَدِ كذا وببَلَدِ كذا ، فهل يفسُدُ أو يصِحُّ ؟ وينزِلُ على تسليمِ النِّصْفِ بكُلِّ بلَدٍ : وجهانِ قال الشاشيُّ : أصَحُّهما الأولُ ، قال في المطلَب : والفرقُ بين تسَلُّمِه في بَلَدِ كذا وتسلُّمِه في شَهرِ كذا حَيثُ لا يصِحُّ كما مَرَّ اختِلافُ الغرَضِ في الزَّمانِ دون المكانِ **(فلو عَيَّنَه فخَرِبَ)** بكسرِ الرَّاءِ وخرج عن صَلاحيَّةِ التسليم **(فأقْرَبُ مَكان)** وفي نُسخَةٍ مَوضِعٌ **(صالحٌ)** له **(إليه)** يتعَيَّنُ على الأقيسِ في الرَّوْضَةِ من ثَلاثَةِ أوجُهٍ ، قال الإسنَويُّ لا بُدَّ (٣) أنْ يُقال مع هذا إنْ كان الصَّالحُ أبعَدَ من الخرب استحَقَّ أُجرَةَ الزَّائِدِ لأنَّ العقْدَ لم يقتضِه (٤) وإنَّما أوجَبْناه لِغَرَضِ المستحِقِّ فجَمَعنا بين المصلَحَتيْنِ كما في نَظائِرِه من الإجارَةِ .

وإنْ كان أقْرَبَ فيُتَّجَه تخْييرُ المسَلِّمِ (٥) بين أنْ يتسَلَّمَ في الخرِب ولا كلامَ وأنْ

---

(١) (قوله : ولأنَّ المُسَلَّمَ إليه التزَمَ التحْصيلَ بالعقدِ إلخ) ولأنَّ الزِّيادَةَ في ثَمَنِ المُسَلَّمِ فيه في مُقابَلَةِ الأجَلِ بخلافِ الغصْب فإنَّه لا أجَلَ فيه .

(٢) (قوله : الشرطُ الرَّابعُ بَيانُ مَحَلِّ تسليمِ المؤَجَّلِ إلخ) فإنْ لَم يُبَيِّناه بَطَلَ العقدُ ، قولُه : فلو عَيَّنَه فخَرِبَ إلخ لو لَم يخرُب ولكن صارَ مَخوفًا قال الماورديُّ : إنْ أحْضَرَه فيه لَم يجِب قبولُه ، وليس لِلمُسَلِّمِ أنْ يُكلِّفه نَقله إلى موضِعٍ آخَرَ بل يُتخَيَّرُ بين أنْ يصْبِرَ إلى أنْ يزولَ الخوفُ أو يأخُذَه فيه ا هـ وهو ضعيفٌ .

(٣) (قوله : قال الإسنَويُّ ولا بُدَّ إلخ) ضعيفٌ .

(٤) (قوله : لأنَّ العقدَ لَم يقتضِه إلخ) قد بَيَّنَّا أنَّ العقدَ اقتضاه فلا أُجرَةَ والفرقُ بينه وبين نَظِيرِه من الإجارَةِ واضِحٌ .

(٥) (قوله : وإنْ كان أقرَبَ فيُتَّجَه تخييرُ المُسَلِّمِ إلخ) استبعَدَه في الخادِمِ وقال : إنَّ الوجهَ تسليمُه في الصَّالِحِ لأنَّه المقصودُ .

يتسلَّمَ في الصَّالِحِ من غيرِ حَطِّ شيءٍ من الأُجرَةِ ، قال الأذْرَعِيُّ : وهذا كلامٌ عَجِيبٌ (١) إذ كيف يُجْبَرُ المسَلَّمُ إليه على النَّقْلِ إلى مَكان بعيدٍ بالأُجرَةِ ، ولم يلتزِم ذلك وكيف يُسَلِّمُ في المعَيَّنِ ، والفرضُ أنَّه خرج عن الصَّلاحيَّةِ إلا أنْ يُؤَوِّلَ ذلك ، وفيما قاله نَظَرٌ : وقال الرُّويانيُّ : لو صارَ المعَيَّنُ مَخوفًا لا يلزَمُه قَبولُه فيه ، وليس له تكْليفُه النَّقْلَ إلى مَكان آخَرَ ، وله أنْ يتخَيَّرَ بين الفسخِ والصَّبرِ (٢) وهو أحدُ الأوجُه الثَّلاثَةِ ، وهذا قد رَجَّحَه البُلْقينيُّ ثُم قال (٣) : فلو قال المسَلَّمُ إليه أنا أفْسَخُ السَّلَمَ لأُؤَدِّيَ إليه رَأسَ مالِه وتبرأَ ذِمَّتي مِمَّا عليَّ ، فالأرجَحُ إجابَتُه (٤) لا سيَّما إنْ كان ثَمَّ رَهْنٌ يُريدُ فكَّه أو ضمانٌ يُريدُ خَلاصَه (٥) ، وهذا يُخالِفُ ما قَدَّمته عن الأصلِ قبلَ قولِ المصنفِ ويجِبُ تحصيلُه إلا أنْ يُفرَّقَ بأنَّ الغالِبَ عَدَمُ إعادَةِ ما خَرِبَ بخِلافِ ما انقَطَعَ من الأشياءِ التي يُسَلَّمُ فيها ، **(وفي السَّلَمِ الحالِّ يتعَيَّنُ مَوْضِعُ العقْدِ)** لِلتَّسليمِ **(مُطلَقًا)** عن التقْيِيدِ بأنَّه يصْلُحُ لِلتَّسليمِ أو بأنَّ لِحَمْلِ المسَلَّمِ فيه مُؤْنَةً للعُرفِ فلا يُشترَطُ فيه التعيِينُ كالبيعِ ، والتصْريحُ بمُطْلَقًا من زيادَتِه ، وقد فسَّرته بما اقْتضاه كلامُ الأصلِ ، لكنْ قال ابنُ الرِّفْعَةِ في الحُكْمِ المذْكُورِ : هذا إذا كان مَوْضِعُ العقْدِ صالِحًا لِلتَّسليمِ ، وإلا فالظَّاهِرُ (٦) أنَّه يُشترَطُ التعيِينُ وهو ظاهِرُ

---

(١) (قوله : قال الأذْرَعِيُّ وهو كلامٌ عَجيبٌ إلخ) اعترَضَ ابنُ العِمادِ على المُهِمَّات بأنَّه إن أرادَ بالمُستحِقِّ المُسَلَّمَ فلا حاجةَ إليه ، لأنَّه مَعلومٌ من قولِ الرَّوضَةِ : أنَّه يجِبُ التسليمُ في أقرَبِ المواضِعِ إليه على أنَّ هذا الفرضَ الذي فرَضَه من المُحالِ لأنَّ الأقرَبَ إلى موضِعِ التسليمِ لا يوصَفُ بأنَّه أبعَدُ فما ذكرَه فاسِدُ التصويرِ ، وإنْ أرادَ أنَّ المُستحِقَّ لأُجرَةِ الزَّائِدِ على تقديرِ صِحَّةِ ما توهَّمَه المُسَلَّمُ إليه فهو خَطأٌ لأنَّه لا يُقالُ يستحِقُّ أُجرَةَ الزَّائِدِ بل يُقالُ : لَم تجِب عليه أُجرَةُ الزَّائِدِ وبأنَّه أحالَ في الاستشهادِ على مجهولٍ وعَبَّرَ بنَظائِرَ ولَم يذْكُر منها واحدًا ، وما صحَّحَه النوويُّ يدُلُّ له ما اعتبَرَه الأصحابُ في مواضِعَ كثيرَةٍ منها اللُّقَطَةُ في الباديةِ تُعرَفُ في أقرَبِ المواضِعِ ومنها الزَّكاةُ إذا حالَ الحولُ في الباديةِ تُنقَلُ إلى أقرَبِ البلادِ وغيرُ ذلك .

(٢) (قوله : وله أنْ يَتخَيَّرَ بين الفسخ والصَّبرِ) قال البُلقِينيُّ : وهو كثُبوت الخيارِ في انقِطاعِ المُسَلَّمِ فيه في المحَلِّ وقولُه قال البُلقِينيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ثم قال إلخ) وفي هذه الصُّورَةِ وتلك .

(٤) (قوله : فالأرجَحُ إجابَتُه) ضعيفٌ .

(٥) (قوله: رهنٌ يريدُ فكَّه أو ضمانٌ يُريدُ خَلاصَه) ولَم يتعَرَّضوا له هنا ولا هناكَ اهـ.

(٦) (قوله : وإلا فالظَّاهِرُ إلخ) أي وإلا كأنْ أسلَمَ في كَثيرٍ من الشعيرِ وهما سائِران في البحرِ وقولُه فالظَّاهِرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

كلامِ الأئمَّةِ [١] وفيما قاله وقفةٌ .

(فإنْ عَيَّنا غيرَه جازَ) وتعَيَّنَ (بخِلافِ المبيعِ) المعَيَّنِ لأنَّ السَّلَمَ يقبَلُ التأجيلَ فقَبِلَ شرطًا يتضَمَّنُ تأخيرَ التسليمِ بخِلافِ البيعِ (والمرادُ بمَوْضِعِ العقْدِ تِلْكَ النَّاحيةُ) أيِ المحَلَّةُ (لا نفسَ الموْضِعِ) أيْ مَوْضِعِ العقْدِ (والثَّمَنُ في الذِّمَّةِ كالمسَلَّمِ ، فيه و) الثَمَنُ (المعَيَّنُ كالمبيعِ) المعَيَّنِ (وفي التتِمَّةِ كُلُّ عِوضٍ) من نَحوِ أُجرَةٍ وصَداقٍ وعِوضِ خُلعٍ (مُلْتزِمٌ في الذِّمَّـةِ) غيرُ مُؤَجَّلٍ (له حُكْمُ السَّلمِ الحالِّ) إنْ عُيِّنَ لِتسليمِه مَكانٌ جازَ[٢] وتعَيَّنَ ، وإلا تعَيَّنَ مَوْضِعُ العقْدِ لأنَّ كُلَّ عِوضٍ مُلْتزِمٌ في الذِّمَّةِ يقبَلُ التأجيلَ كالمسَلَّمِ فيه أيْ فيُقبَلُ شرطًا يتضَمَّنُ تأخيرَ التسليمِ كما مَرَّ .

(الشرطُ الخامِسُ : التقْديرُ بالكيْلِ [٣]) فيما يُكالُ (أو الوزْنِ) فيما يُوزَنُ (أو الذَّرعِ) فيما يُذْرَعُ (أو العدِّ) فيما يُعَدُّ للخَبَرِ السَّابقِ [٤] مع قياسِ / ما ليس فيه ١٢٩/٢ على ما فيه (ويجوزُ السَّلمُ في المكيلِ بالوزنِ وكذا عَكْسُه) أيْ في الموزونِ بالكيْلِ (إنْ أمكَنَ [٥]) كيْلُه (كصِغارِ اللُّؤْلُؤِ) كما مَرَّ وهذا بخِلافِ ما مَرَّ في الرِّبَوِيَّاتِ لأنَّ المقْصودَ هنا مَعرِفةُ القدرِ ، وثَمَّ المماثَلَةُ بعادَةِ عَهْدِه ﷺ كما مَرَّ ، وحَمَلَ الإمامُ إطلاقَ الأصحابِ جوازَ كيْلِ الموزونِ على ما يُعَدُّ الكيْلُ في مِثلِه ضابطًا [٦] فيه

---

(١) (قوله : وهو ظاهرُ كلامِ الأئمَّةِ) وهو واضِحٌ وجَزَمَ به غيرُه ، لأنَّ من شرطِ الصِّحَّةِ القُدرَةَ على التسليمِ وهو حالٌّ وقد عَجَزَ عنه في الحالِ ، وحينَئِذٍ فلا فرقَ بين الحالِّ والمؤَجَّلِ إذا لَم يكُنِ الموضِعُ صالِحًا في اشتراطِ التعيينِ ويدُلُّ عليه ما ذكرَه الماورديُّ أنَّهما إذا كانا في موضِعٍ لا يتمَكَّنُ من قبضِه فيه بأنْ كانا في سَفرٍ أنَّ العقدَ باطِلٌ .

(٢) (قوله : إنْ عُيِّنَ لِتسليمِه مَكانٌ جازَ) وتعَيَّنَ لو عَيَّنَ موضِعًا مَخوفًا لَم يلزَمه قبولُه فيه ، وهل له تكليفُه النقلَ إلى موضِعٍ آخَرَ ؟ فيه ، وجهانِ حَكاهما الجيليُّ أقرَبُهما تكليفُه نَقله إلى أقرَب موضِعٍ إليه صالِحٍ لِلتَّسليمِ لِلأمنِ فيه .

(٣) (قوله : التقديرُ بالكيلِ أو الوزنِ إلخ) فلا يصِحُّ في كَندوحِ النخلِ وأفراخِها لا مع الكَندوحِ ولا بدونِه لِعَدَمِ الضَّبطِ كيلا ووزنًا وذَرعًا وعَدًّا .

(٤) (قوله : لِلخَبَرِ السَّابقِ) خَصَّ فيه الكيلَ والوزنَ لِغَلَبَتِهما ولِلتَّنبيه على غيرِهما ولأنَّ ظاهرَ الحديثِ غيرُ مَرْوِيٍّ ، لأنَّ الكيلَ والوزنَ مَصْدرٌ لا يُمكِنُ السَّلَمُ فيه فتعَيَّنَ التقديرُ أي مَن أسلَمَ في مَكيلٍ فالكيلُ وفي موزونٍ فالوزنُ فليكُن كيلُه ووزنُه مَعلومًا وذلك لا يقتضي تعَيُّنَ المكيلِ والموزونِ .

(٥) (قوله : إنْ أمكَنَ كيلُه) بأنْ كان لا يتجافى في المِكيالِ ولا يلتصِقُ به .

(٦) (قوله : على ما يُعَدُّ الكيلُ في مِثلِه ضابطًا) أشارَ إلى تصحيحِه .

بخلافِ نحوِ فُتاتِ المِسكِ والعنبرِ لأنَّ للقدرِ اليسيرِ منه ماليَّةً كثيرةً ، والكيلُ لا يُعَدُّ ضابطًا فيه ، نَقَله عن الرَّافعيِّ وسَكت عليه ، ثُم ذَكرَ أنَّه يجوزُ السَّلمُ في اللالِئِ الصِّغارِ إذا عَمَّ وُجودُها كيلا ووزنًا ، قال في الرَّوْضَةِ : هذا مُخالِفٌ لِما تقَدَّمَ عن الإمامِ ، فكأنَّه اختارَ هنا ما تقَدَّمَ من إطلاقِ الأصحاب وكلامُ المصنفِ يُوافِقُه وأجابَ عنه البُلْقينيُّ (١) بأنَّه ليس مُخالِفًا له لأنَّ فُتات المِسكِ والعنبرِ ونحوِهما إنَّما لم يُعَدَّ الكيلُ فيها ضَبطًا لكثرَةِ التفاوُتِ بالثِّقَلِ على المحَلِّ أو تركِه وفي اللُّؤْلؤِ لا يحصُلُ بذلك تفاوُتٌ كالقَمحِ والفولِ (٢) فيصِحُّ فيه بالكيلِ فلا مُخالَفةَ ، فالمعتمَدُ تقييدُ الإمامِ وبه جَزَمَ النَّوويُّ في تصحيحِه واستثنَى الجُرجانيُّ وغيرُه النَّقْدَينِ (٣) ، أيضًا فلا يُسَلَّمُ فيهما إلا وزنًا (٤) **(لا بهما)** أي الكيلِ والوزنِ **(مَعًا)** فلو أسلمَ في مِائَةِ صاعِ بُرٍّ مَثَلا على أنَّ وزنَها كذا لم يصِحَّ لأنَّ ذلك يعِزُّ وُجودُه **(ولا بالذَّرعِ والوزنِ في ثَوْبٍ مَوْصوفٍ)** لِذلك ، وذِكرُ مَوْصوفٍ إيضاحٌ إذْ الكلامُ فيه .

(والمعتبَرُ في نَحوِ البطِّيخِ والرُّمَّانِ والبُقولِ والبيضِ الوزنُ) لأنَّ ذلك إنما يُضبَطُ(٥) به فلا يصحُّ بالكيْلِ، لأنَّه يتجافى في المِكْيالِ ولا بالعدِّ لكثرَةِ التفاوُتِ فيه ، ويُفارِقُ البيعَ بأنَّ العُمدَةَ فيه المعاينَةُ والمرادُ بالبيضِ بيضُ الدّجاجِ ونَحوِه فما فوقَه بخلافِ بيضِ الحمامِ ونحوِه **(وإنْ ذُكِرَ معه)** أي الوزنِ **(العدُّ فسَدَ (٦))** العقدُ لأنَّه يحتاجُ معه إلى ذِكرِ الحجمِ وذلك يُورِثُ عِزَّةَ الوُجودِ قال الإسنَويُّ وغيرُه : لكن نَصَّ الشافعيُّ في البويطيِّ على الجوازِ وأُجيبَ عنه بحَملِه على الوزنِ التقريبيِّ وحَملِ

---

(١) (قوله : وأجابَ عنه البُلقينيُّ) أي وغيرُه .

(٢) (قوله : كالقمحِ والفولِ) قال الأذْرَعيُّ : وأولى لِرَزانَتِها في الكيلِ بخلافِ المِسكِ ونحوِه ، وأيضًا فإنَّ ذلك الكلامَ عندَهما فيما له خَطَرٌ ، واللآلِئُ الصِّغارُ والمُرادَةُ لِلتَّداوِي قد لا يكونُ لها خَطَرٌ . ا هـ .

(٣) (قوله : واستثنَى الجُرجانيُّ وغيرُه النقدَينِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله فلا يُسَلِّمُ فيهما إلا وزنًا) قال ابنُ يونُسَ في شرحِ الوجيزِ : وفي مَعناهما كُلُّ ما يعظُمُ خَطَرُه .

(٥) (قوله : لأنَّ ذلك إنَّما يُضبَطُ به) عُلِمَ منه أنَّ جَميعَ الفاكِهَةِ توزَنُ .

(٦) (قوله : وإنْ ذكرَ معه العدُّ فسَدَ) نَقَلَ الرَّافعِيُّ عن الشيخ أبي حامِدٍ وأقرَّه جَوازَ ذكرِ وزنِ الخشَبِ مع صِفاته المشروطَةِ ؛ لأنَّه إنْ زادَ أمكَنَ نحتُه وجَزَمَ به في الرَّوضَةِ ، واستُشكِلَ بأنَّه يعتبرُ ذكرَ طولِه وعَرضِه وثِخَنِه وبالنحت تزولُ إحدَى هذه الصِّفات ، قال في الخادِمِ : وجَوابُه أنَّ الوزنَ على التقريب فلا تزولُ الصِّفاتُ .

غيرِه على التحديديّ أو بحَملِه على عَدَدٍ يسيرٍ لا يتعَذَّرُ تحصيلُه عليه وحَملِ غيرِه على عَدَدٍ كثيرٍ لِتعذُّرِ ضَبْطِه ، والمرادُ فيما ذِكْرُ الوزنِ لِكُلِّ واحِدَةٍ ، أمَّا لو أسلمَ في عَدَدٍ من البطِّيخِ مَثَلا كِمائَةٍ بالوزنِ في الجميعِ دون كُلِّ واحِدَةٍ فيجوزُ اتِّفاقًا [١] قاله السُّبكيُّ وغيرُه .

(**ويصِحُّ**) السَّلمُ (**في نَحوِ الجوزِ**) مِمَّا لا يتجافى في المِكْيالِ ويُعَدُّ الكيلُ فيه ضَبطًا كلوزٍ وبُندُقٍ وفُستُقٍ (**بالكيلِ وكذا بالوزنِ**) وإنَّما يصِحُّ فيه بكُلٍّ منهما (**إنْ لم تختلِفْ قُشورُه**) غِلَظًا ورِقَّةً (**غالِبًا**) وإلا فلا يصِحُّ لاختِلافِ الأغراضِ في ذلك ، وهذا استدرَكه الإمامُ على إطلاقِ الأصحاب الجوازَ وتبعَه الغزاليُّ والرَّافعيُّ والنَّوويُّ ، لكنَّه قال في شرحِ الوسيطِ بعدَ ذِكرِه له : والمشهورُ في المذهَب ما أطلَقه الأصحابُ [٢] ونَصَّ عليه الشافعيُّ ، قال في المهمَّاتِ : والصَّوابُ التمَسُّكُ بما قاله في شرحِ الوسيطِ [٣] ، لأنَّه مُستتبِعٌ لا مُختصِرٌ ولو حَذَف المصنفُ لفظَةَ كذا كان أولى لإيهامِها خِلافًا فيما بعدَها دون ما قبلها ، والأمرُ بالعكسِ ولإيهامِها عَودَ الشرطِ المذكُورِ إلى الوزنِ فقط ، وليس كذلك [٤] كما صرّحَ به الرَّافعيُّ ، وظاهرٌ أنَّه إنَّما يُقبَلُ الجوزُ واللوزُ في قِشرِهما الأسفلِ فقط ، بل قالُوا لا يجوزُ السَّلمُ فيهما إلا في القِشرِ الأسفلِ (**ويُشترَطُ**) في صِحَّةِ السَّلمِ (**في اللبِنِ**) بكسرِ الباءِ (**ذِكْرُ العدِّ**) له (**والطُّولِ والعرضِ والثخانَةِ**) لِكُلِّ لَبنَةٍ (**و**) ذِكْرُ (**أنَّه من طينٍ مَعروفٍ**) [٥] (**ويُستحَبُّ ذِكْرُ وزنِ اللبنَةِ لأنَّها**) تُضرَبُ (**باختيارِه**) فلا يعِزُّ وُجودُها ، والأمرُ في وزنِها على التقريب .

---

(١) (قوله : فيجوزُ اتِّفاقًا) قاله السُّبكيُّ وغيرُه : قال شيخُنا هو مَمنوعٌ لِما مَرَّ من اشتراطِ ذكرِ الحجمِ مع العدِّ فيُؤدِّي حينئذٍ إلى عِزَّةِ الوُجودِ .

(٢) (قوله : والمشهورُ في المذهَب ما أطلَقه الأصحابُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والصَّوابُ التمَسُّكُ بما قاله في شرحِ الوسيطِ) لأنَّه آخرُ مُؤلَّفاته وكَتبَ أيضًا ويُؤيِّدُه إطلاقُهما في باب الرِّبا جَوازَ بَيعِ الجوزِ بالجوزِ وزنًا واللَّوزِ باللَّوزِ كيلا مع قِشرِهما ولَم يشترِطا فيه هذا الشرطَ مع أنَّ بابَ الرِّبا أضيقُ من السَّلَمِ وفي تعليقِ البندَنيجيِّ يجوزُ السَّلَمُ في المِشمِشِ كيلا ووزنًا وإنِ اختلَفَ نَواه بالكِبَرِ والصِّغَرِ ا هـ وفي بعضِ نُسَخه التمرُ بَدَلَ المِشمِشِ .

(٤) (قوله : وليس كذلك) كما صَرَّحَ به الرَّافِعيُّ ولِهذا قال البُلقِينيُّ : قولُه إذا لَم يختلِفْ قِشرُه شرطٌ لِصِحَّةِ السَّلَمِ من الأصلِ لا لاشتراطِ الوزنِ ، وكلامُ الرَّافِعيِّ في الشرحِ صَريحٌ في ذلك وتبعَه في الخادِمِ .

(٥) (قوله : وأنَّه من طينٍ مَعروفٍ) ويُشترَطُ مع ذلك أن لا يُعجَنَ بنَجِسٍ .

(فرعٌ : يبطُلُ السَّلمُ ولو كان حالاً بتعيِينِ مِكْيالٍ غيرِ مُعتادٍ) ككُوزٍ لا يُعرفُ قدرُ ما يسَعُ لأنَّ فيه غرَرًا لأنَّه قد يتلَفُ قبلَ قبضِ ما في الذِّمَّةِ فيُؤَدِّي إلى التنازُعِ ، وقيلَ : لا يبطُلُ الحالُّ بذلك (١) ، والتصريحُ بالترجيحِ فيه من زيادَتِه (بخِلافِ بيعِ مِلئِه من هذِه الصُّبرَةِ) فإنَّه يصِحُّ لِعَدَمِ الغررِ (وإنْ عَيَّنَ) في البيعِ أو السَّلمِ مِكْيالا (مُعتادًا) / بأنْ عُرِف قدرُ ما يسَعُ (٢) (جازَ) العقدُ (ولَغا) تعيينُه كسائِرِ الشُّروطِ التي لا غرَضَ فيها ، ويقومُ مِثلُ المعَيَّنِ مَقامَه فلو شرَطا أنْ لا يُبَدَّلَ بَطَلَ العقدُ كما أفْهَمَه كلامُ الرَّافعيِّ في المسابَقَةِ ، وتعيِينُ الميزانِ (٣) والذِّراعِ والصَّنجَةِ في معنى تعيِينِ المِكْيالِ ، فلو شرَطَ الذّرعَ بذِراعِ يدِه ولم يكنْ مَعلُومَ القدرِ لم يصِحَّ العقدُ لأنَّه قد يموتُ قبلَ القبضِ ولو اختلَفتِ المكايِيلُ والموازِينُ والذُّرعانُ فلا بُدَّ من تعيِينِ نَوعٍ منها إلا أنْ يغلِبَ نَوعٌ منها ، فيُحمَلَ الإطلاقُ عليه كما في أوصافِ المسَلَّمِ فيه (ولو قال) أسلمت إليك (في ثَوبٍ أو) في صاعِ (شَعيرٍ مِثلَ هذا) الثوبِ أو الشعيرِ (لم يصِحَّ) لأنَّه قد يتلَفُ المشارُ إليه كما في مَسألَةِ الكُوزِ (أو) قال أسلمت إليك في ثَوبٍ (مِثلَ ثَوبٍ قد وُصِف) قبلَ ذلك (ولم ينسَيا) وصْفه (صَحَّ) وفارَقَتْ ما قبلها بأنَّ الإشارَةَ إلى المعَيَّنِ لم تعتمِدْ الصِّفةَ (ولا يصِحُّ) السَّلمُ (في) شيءٍ من (ثمرَةِ بُستانٍ (٤) و) لا ثمَرَةِ (ضَيْعَةٍ و) لا ثمَرَةِ (قريةٍ صَغيرَةٍ) للغرَرِ بتوقُّعِ عَدَمِ تِلْك البُقعَةِ بجائِحَةٍ فتقطعُ ثمَرتها ولأنَّ التعيِينَ يُنافي الدَّيْنيَّةَ بتضْيِيقِ مَحالِّ التحصيلِ (ويجوزُ في ثمَرِ ناحيةٍ (٥)) أو قَريةٍ كبيرَةٍ (ولو لم يُفِدْ تنويعًا) في الثمَرِ لأنَّه لا ينقَطِعُ غالِبًا ، ولا تتضَيَّقُ به المحالُّ والمرادُ بالكبيرَةِ ما يُؤمَنُ

---

(١) (قوله : وقيلَ لا يبطُلُ الحالُّ بذلك إلخ) قال الأذرَعيُّ : وليس الفرقُ بينه وبين البيعِ بالواضِحِ والمُـرادُ بالتعيينِ هنا تعيينُ الفردِ من نوعِ المكاييلِ أمَّا تعيينُ نوعِ المِكْيالِ بالغلَبةِ أو بالتنصيصِ عليه فلا بُدَّ من اشتراطِه كما سَيأتي .

(٢) (قولُه : بأنْ يعرِف قدرَ ما يسَعُ) قاله السُّبكيُّ وغيرُه : وكلامُ الإسنَويِّ وغيرِه يُخالِفُه فإنَّهم قالوا بعدَ قولِ النوويِّ فإنْ لَمْ يكُنْ مُعتادًا أي ولَمْ يعرِف مِقدارَه .

(٣) (قوله : وتعيينُ الميزانِ إلخ) وكذا لو عَيَّنَ كَيّالا أو وزّانًا ذكرَه الرُّويانيُّ .

(٤) (قولـه : ولا يصِحُّ في ثمَرِ بُستانٍ إلـخ) قال الأذرَعيُّ : ولَم يُفرّقوا في هـذا بين السَّلَمِ الحالِّ والمُؤَجَّلِ ، وقال الدَّارميُّ : إنَّه إذا أسلَمَ في ثمَرَةِ شَجَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ حالاً فعلى وجهَيْنِ وهذا يجِبُ طَرْدُه في القريةِ والبُستانِ والكَرمِ وأولى .

(٥) (قوله : ويجوزُ في ثمَرِ ناحيةٍ إلخ) وهل يتعيَّنُ أو يكفي الإتيانُ بمِثلِه فيه احتمالانِ للإمامِ ، والمفهومُ من كلامِهم الأوَّلِ وهو الأصحُّ لاختلافِ الفرضِ باختلافِه .

فيها انقِطاعُ ثمَرِها وبالصَّغيرَةِ خِلافُه كما اقتضاه كلامُ ابنِ كجٍّ فيما نَقَله عن الشافعيِّ فالعِبْرَةُ بكثْرَةِ الثِّمارِ وقِلَّتِها ، والثَمرَةُ مِثالٌ فغيرُها مِثلُها .

(الشرطُ السَّادِسُ : الوصْفُ) بأنْ يذكُرَ المسَلَّمَ فيه في العقْدِ (١) بما ينضَبِطُ به على وجهٍ لا يعِزُّ (٢) وُجودُه (فلا يصِحُّ) السَّلَمُ (إلا فيما ينضَبِطُ وصْفًا) مع ذِكْرِ ما يجِبُ ذِكْرُه لأنَّ البيعَ لا يحتمِلُ جَهالَةَ المعقودِ عليه وهو عَيْنُ فُلانٍ لا يحتمِلُها وهو دَيْنٌ أولى (فلا يصِحُّ في المختلَطاتِ المقْصودَةِ (٣)) الأركانُ (التي لا تنضَبِطُ) قدرًا وصِفةً (كالهَريسَةِ والحلوى والمعجوناتِ والغاليـةِ) المرَكَّبَةِ من مِسكٍ وعنبَرٍ وعودٍ وكافورٍ كذا في الأصلِ وفي تحريرِ النَّوويِّ مُرَكَّبَةٌ من دُهْنٍ ومِسْكٍ وعنبَرٍ (والترياقِ المخلُوطِ) فإنْ كان نَباتًا أو حَجَرًا جازَ المسَلَّمُ فيه وهو بتاءٍ مُثَنَّاةٍ أو دالٍ مُهمَلَةٍ أو طاءٍ كذلك مَكْسوراتٌ ومَضمُوماتٌ ففيه سِتُّ لُغاتٍ ، ذَكَرَها النَّوويُّ في دَقائِقِه ، ويُقالُ درَّاقٌ وطَرَّاقٌ (والقِسِيِّ) المرَكَّبَةِ من خَشَبٍ وعَظْمٍ وعَصَبٍ (والنَّبلِ) أي السِّهامِ العرَبيَّةِ (بعدَ الخرطِ والعمَلِ عليـه) الشامِلِ للخَرطِ فهو من عَطْفِ العامِّ على الخاصِّ ، وذلك لأنَّه إنْ كان عليـه عَصَبٌ وريشٌ ونَصْلٌ أو شيءٌ منها فللاختِلاطِ ولاختِلافِ وسَطِه وطَرَفيْه دِقَّةً وغِلَظًا وتعَذُّرِ ضَبْطِه وإلا فلِلثَّاني ، والشِّقُّ الأولُ هو المقْصودُ بالتمثيلِ للمُختلَطاتِ .

أمَّا النَّبْلُ قبلَ الخرطِ والعمَلِ عليه فيجوزُ السَّلمُ فيه لِتيسُّرِ ضَبْطِه (والخِفافِ والنِّعالِ) لاختِلافِ وجهَيْها وحَشوِها ، والعِبارَةُ لا تفي بذِكْرِ أقدارِها وأوصافِها ، أمَّا الخِفافُ المتَّخَذَةُ من شيءٍ واحِدٍ ومِثلُها النِّعالُ ، قال السُّبكِيُّ : فإنْ كان من جِلْدٍ

---

(١) (قوله : بأنْ يذكُرَ المُسَلَّمَ فيه في العقدِ) بما يضبطُه به بذكْرِ الصِّفاتِ التي يختلِفُ بها الغرَضُ اختلافًا ظاهرًا لأنَّ القِيمَةَ تختلِفُ بسَبَبِها ومنهم مَنْ يُعَبِّرُ عن هذا الشرطِ بالصِّفاتِ التي تختلِفُ بها القِيمَةُ ومنهم مَنْ يجْمَعُ بينهما ، والضَّوابطُ الثلاثةُ ليستْ على إطلاقِها لأنَّ كونَ العبدِ قَوِيًّا في العمَلِ وضعيفًا وكاتبًا وأُمِّيًّا وما أشبَهَ ذلك صِفاتٌ يختلِفُ الغرَضُ والقِيمَةُ بهنَّ ولا يجِبُ التعَرُّضُ لها قال السُّبكِيُّ : فيُزادُ في الضَّابطِ من الصِّفاتِ التي لا يدُلُّ عليها ولا على عَدَمِها أصلٌ ولا عُرفٌ فإنَّ الضَّعف عَيْبٌ يدُلُّ العُرفُ على عَدَمِه ، والكِتابةُ وزيادَةُ القوَّةِ فضيلَةٌ يدُلُّ الأصلُ على عَدَمِها ، والأُمِّيَّةُ يدُلُّ الأصلُ عليها قال الغزِّيُّ : ويرِدُ عليه اشتراطُ ذكْرِ البكارَةِ والثُّيوبةِ مع أنَّ الأصلَ عَدَمُ الثُّيوبةِ .

(٢) (قوله : على وجهٍ لا يعِزُّ) أي يقِلُّ .

(٣) (قوله : فلا يصِحُّ في المُختلَطاتِ المقصودَةِ) قد يُفهِمُ أنَّ ما خالَطَه ما ليس بمَقصودٍ يصِحُّ وليس كذلك فاللَّبَنُ المشوبُ بماءٍ لا يصِحُّ سَلَمُه مَخيضًا أو غيرَه كَبَيْعِه .

ومَنَعنا السَّلمَ فيه وهو الأصَحُ امتنَعَ وإنْ جوَّزناه فيظْهَرُ جوازُه إذا لم يختلِف جِلْدُه ، وقُطِعَ قِطعًا مَضبوطَةً وإنْ كان من غيرِ جِلْدٍ فكالثِّياب المخيطَةِ التي جوَّزَ الصَّيمَريُّ السَّلمَ فيها (فإنِ انضَبَطَتْ) أيِ المختلَطاتُ المقصودَةُ (كالعتَّابِيِّ [(١)]) المُرَكَّب من قُطْنٍ وحَريرٍ (والخزِّ) المركَّب من إبريسَمٍ ووبَرٍ أو صوفٍ (و) الثوب (المعمُولِ عليه بالإبْرَةِ من غيرِ جِنسِه) كإبرَيْسَمٍ على قُطنٍ أو كتَّانٍ (جازَ) لِسُهولَةِ ضَبطِها / ١٣١/٢
وقَيَّدَ الأخيرَةَ بغيرِ الجِنسِ ليكونَ مِثالا للمُختلَطِ بغيرِه لِلاحتِرازِ عن المعمُولِ عليه من الجِنسِ إذ السَّلمُ فيه جائِزٌ بمَفهومِ الأُولى ، (ولو لم يقصِدِ الخليطَ) في نفسِه (كخَلِّ التمرِ والزَّبيب) وهو الحاصِلُ من اختِلاطِ كُلٍّ منهما بالماءِ الغيرِ المقصودِ في نفسِه (والجُبْنِ) ولو يابِسًا (والأَقِطِ) كُلٌّ منهما فيه مع اللبَنِ المقصودِ المِلْحُ والإنفحَةُ من مَصالِحِه ويزيدُ الأقِطُ بيسيرِ دَقيقٍ (والسَّمَكُ المملُوحُ لم يضُرَّ) لِحَقارَةِ اختِلاطِها فكُلٌّ منها كشيءٍ واحِدٍ ، (لا الأدْهان المطَيَّبَة) بطيبٍ من نَحوِ بَنفسَجٍ وبانٍ وورْدٍ بأنْ خالَطَها شيءٌ من ذلك فلا يجوزُ السَّلمُ بها لأنَّ الطِّيبَ مَقصودٌ وهو لا ينضَبِطُ .

(فإنْ تروَّحَ سِمسِمُها بالطِّيب) المذكُورِ واعتُصِرَ (لم يضُرَّ ولا مَخيضَ فيه ماءٌ) فلا يصِحُّ السَّلمُ فيه لِعَدَمِ انضِباطِ الحُمُوضَةِ ، ولأنَّ حُمُوضَته عَيبٌ وفارَقَ ماءَ خَلِّ التمرِ والزَّبيب بأنَّ ذاك لا غِنَى عنه فإنَّ قِوامَه به بخِلافِ المخيضِ إذْ لا مَصْلحَةَ له فيه ، أمَّا المخيضُ الذي لا ماءَ فيه فيصِحُّ السَّلمُ فيه كما سَيأتي (ولا مَصْلٍ) وهو الحاصِلُ من اختِلاطِ اللبَنِ بالدَّقيقِ لِما مَرَّ ولا كِشكٍ قاله الماورديُّ ، (ولو اختلَطَ) الشيءُ بغيرِه (خِلْقَةً كالشهْدِ) بفتحِ الشِّينِ وضَمِّها وهو عَسَلٌ مُشَمَّعٌ (صَحَّ) لأنَّ

---

(١) (قولـه : فإنِ انضَبَطَتْ كالعتَّابيِّ إلـخ) مـا المُرادُ بالانضِباطِ هل هـو أنَّ ذلك يعرِفُه أهـلُ الصَّنعَةِ ، أو أنَّه تُعتبَرُ مَعرِفتُه في صِحَّةِ العقدِ يخرُجُ من كلامِهم فيه اختلافٌ ، وعَلَّلَ في المهذَّب وجهَ الجوازِ بأنَّه يعرِفُ قدرَ كُلِّ واحدٍ منهما ، قال السُّبكيُّ : لَعَلَّ مُرادَه أنَّ اللُّحمَةَ من أحدِهما والسَّدَى من الآخَرِ ، وكذلك هو في كلامِ غيرِه ، وأمَّا مَعرِفةُ قدرِ كُلٍّ منهما بالوزنِ فما أظنُّه يُشترَطُ لأنَّه بعدَ النسجِ لا يُمكِنُ العِلمُ به ويُفضي إلى النِّزاعِ وإنْ كان ظاهِرًا لِلَّفظِ يقتضيه اهـ . وقولُه : لَعَلَّ مُرادَ المُصَنِّفِ أنَّ اللُّحمَةَ من أحدِهما إلخ ، قال مُجَلِّي : يدُلُّ عليه نَصُّ الشافِعِيِّ لكنَّ كلامَ الدَّارِمِيِّ مُصَرِّحٌ باعتبارِ مَعرِفةِ الوزنِ قال الأذْرَعيُّ : وهو واضِحٌ إذِ القِيمُ والأغراضُ تتفاوتُ بذلك تفاوُتًا ظاهِرًا ، وعليه ينطَبِقُ قولُ الرَّافِعِيِّ في الشرحِ لِسُهولَةِ ضَبطِ أخلاطِها وأقدارِها اهـ ، وكلامُ الإمامِ مُصَرِّحٌ باشتراطِه في صِحَّةِ العقدِ فإنَّه قال وإنْ كـان من جِنسَينِ ويُمكِنُ تمييزُه كثَوبٍ من حَريرٍ وقُطنٍ فيجوزُ إذا وصَفَ كم من واحدٍ أي من كُلِّ واحدٍ ، قال الزَّركَشيُّ : وهذا هو الظَّاهِرُ لأنَّ القِيمَةَ والأغراضَ تختلِفُ بذلك .

اختِلاطَه خِلقيٌّ فأشبَهَ النَّوى في التمرِ وقيلَ لا يصِحُّ ، قال الأذرَعيُّ وغيرُه : وهو المذهَبُ المنصوصُ في الأُمِّ وعليه الجُمهورُ وعَلَّله في الأُمِّ بأنَّه لا يُعرَفُ ما فيه من العسَلِ والشمعِ لكثرتِه وقِلَّتِه وثِقَلِه وخِفَّتِه وعلى الأولِ ، فالحاصِلُ أنَّ المختلَطَ الذي يصِحُّ السَّلَمُ فيه ما كان مُنضَبطًا بأنْ كان اختِلاطُه خِلقيًّا كالشهْدِ أو صِناعيًّا وقُصِدَ بعضُ أركانِه سواءٌ استهلَكَ الباقي كالجُبْنِ والأقِطِ أم لا كخَلِّ الزَّبيبِ والتمرِ أو قُصِدَتْ أركانُه كُلُّها وانضَبَطَتْ كالعتَّابيِّ والخزِّ بخِلافِ ما لا ينضَبطُ كالمعاجينِ والهَرائِسِ والأمراقِ والغوالي والحِنطَةِ المختلِطَةِ بالشعيرِ والسَّفينَةِ .

(فصلٌ : ويجوزُ السَّلَمُ في الحيوانِ) لأنَّه ثبَت في الذِّمَّةِ قَرضًا في خَبَرِ مُسلمٍ « أنَّه ﷺ اقترَضَ بَكْرًا » (١) وقيسَ عليه السَّلَمُ وعلى البَكْرِ غيرُه من سائرِ الحيواناتِ وخَبَرُ النَّهيِ عن السَّلَفِ في الحيوانِ قال ابنُ السَّمعانيِّ : غيرُ ثابتٍ وإنْ خرَّجَه الحاكِمُ **(فليُذكر في الرَّقيقِ النَّوعُ)** كتُركيٍّ أو حَبَشيٍّ **(وكذا)** يُذكرُ **(بصِنفِه إذا اختلَف)** كخَطابيٍّ أو روميٍّ **(و)** يذكرُ **(اللونَ)** كأبيضَ وأسودَ **(مع صِفتِه)** بأنْ يصِفَ بَياضَه (٢) بسُمرَةٍ أو شُقرَةٍ وسوادَه بصَفاءٍ أو كُدرَةٍ **(إنِ اختلَف)** اللونُ فإنْ لم يختلِف كزِنجيٍّ لم يجِبْ ذِكرُها **(و)** يذكرُ **(الذُّكورَةَ والأُنوثَةَ (٣))** أيْ أحداهما **(والسِّنَّ كابنِ سِتٍّ أو سَبعٍ)** من السِّنينَ **(أو مُحتلِمٍ)** لاختِلافِ الغرَضِ بذلك ، وفي نُسخَةٍ أو مُحتلِمًا بالنَّصبِ عَطفًا على السِّنِّ والأُولى أنسَبُ بقولِ الأصلِ الرَّابعِ السِّنُّ فيقولُ مُحتلِمٌ أو ابنُ سِتٍّ أو سَبعٍ ، قال الأذرَعيُّ (٤) : والظَّاهرُ أنَّ المرادَ به أولُ عامِ الاحتِلامِ أو وقتُه وإلا فابنُ عِشرينَ سَنَةً مُحتلِمٌ **(تقريبًا (٥) فإنْ حدَّدَه)**

---

(١) (قوله : «أنَّه ﷺ اقترَضَ بَكْرًا ») «وأمَرَ عَمرو بنَ العاصِ بأنْ يأخُذَ بَعيرًا ببَعيرَيْنِ إلى أجَلٍ» رواه أبـو داوُد قال البيهَقيُّ : وله شاهدٌ صحيحٌ وهذا سَلَمٌ لا قَرضٌ لِما فيه من الأجَلِ وبالقِياسِ على ثُبوته في الذِّمَّةِ مَهرًا وديةً وثَمَنًا .

(٢) (قوله : بأنْ يصِف بَياضَه إلخ) في الاستقصاءِ لو قال أبيضُ مَشوبٌ بحُمرَةٍ أو صُفرَةٍ فقد قِيلَ يجوزُ وقِيلَ لا يجوزُ . اهـ . والرَّاجِحُ الأوَّلُ .

(٣) (قوله : والذُّكورَةَ والأُنوثةَ) يُؤخَذُ منه أنَّه لا يصِحُّ في الخُنثَى سَواءٌ أكان مُشكِلا أم واضِحًا وهو كذلك لِنُدورِه مع الصِّفات .

(٤) (قوله : قال الأذرَعيُّ) أي وغيرُه وقولُه : والظَّاهرُ أنَّ المُرادَ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : تقريبًا) لَم يذكُر في المحَرَّرِ والشرحينِ والرَّوضَةِ التقريبَ إلا بالنِّسبةِ إلى السِّنِّ خاصَّةً ، وعِبارَةُ المنهاجِ : وكُلُّه على التقريب قال ابنُ النقيب : وما قاله حَسَنٌ إنْ ساعَدَه عليه نَقلٌ ، وقال الأذرَعيُّ : ما اقتضَتْه عِبارَةُ الكِتابِ من أنَّ كُلَّ ذلك على التقريب لَم أرَه صَريحًا ... =

كَأَنْ شَرَطَ كَوْنَهُ ابنَ سَبعٍ بلا زيادَةٍ ولا نُقصانٍ **(لم يجُزْ)** لِنُدرَتِه .

(وَيُصَدَّقُ البالِغُ في سِنِّه واحتِلامِه) الأنسَبُ بكلامِ أصلِه وغيرِه ويصدُقُ الرَّقيقُ في احتِلامِه والرَّقيقُ البالغُ في سِنِّه ، **(والسَّيِّدُ)** البالغُ **(في سِنِّ صَغيرٍ عِلْمُه)** وتعبيرُه بعِلْمِه أولى من قولِ أصله إنْ وُلِدَ في الإسلامِ وظاهرٌ أنَّ محَلَّ تصديقِها إذا كانا مُسلمَيْنِ عاقِلَيْنِ [1] **(وإلا)** بأنْ لم يبلُغِ الرَّقيقُ ولا عَلِمَ السَّيِّدُ سِنَّه **(فالنَّخَّاسونَ)** بنُونٍ وخاءٍ مُعجَمَةٍ وهم بائِعو الرَّقيقِ والدّوابِّ وأصلُه من النَّخسِ وهو الضَّربُ باليدِ على الكفلِ يرجِعُ إليهم فتُعتبَرُ ظُنُونُهم **(ويُستحَبُّ ذِكْرُ مُفلَّجِ الأسنانِ أو غيرِه وجَعدِ الشعرِ أو سَبطِه)** وصِفةُ الحاجِبينِ **(وليذْكُرِ القَدَّ)** أيْ كوْنَه **(طَويلا أو قَصيرًا أو رَبعًا)** المعروفُ رَبْعَة بفتحِ الرَّاءِ وسُكُونِ الباءِ ، وذلك كأنْ يقولَ سِتَّةُ أشبارٍ أو [2] خَمسَةٍ ، قال الشافعيُّ : يقولُ خُماسيٌّ أو سُداسيٌّ فقيلَ أرادَ به خَمسَةَ أشبارٍ أو سِتَّةً وقيلَ أرادَ خَمسَ سِنينَ أو سِتًّا وقال الجوهَريُّ يُقالُ غُلامٌ رُباعيٌّ وخُماسيٌّ ولا يُقالُ سُباعيٌّ لأنَّه إذا بَلَغَ سَبعَةَ أشبارٍ صارَ رَجُلا **(لا سائِرَ**
١٣٢/٢ **الأوصافِ التي تُؤَدِّي إلى عِزَّةِ الوُجودِ)** فلا يُشترَطُ وصْفُ كُلِّ عُضوٍ / على حيالِه بأوصافِه المقصودَةِ وإنْ تفاوت به الغرَضُ والقيمَةُ لأنَّ ذلك يُورِثُ عِزَّةً .

(و) لا **(الملاحَةُ والدَّعَجُ)** وهو شِدَّةُ سوادِ العينِ مع سَعَتِها ونَحوُهما من الأوصافِ التي يعتني بها أهلُ الخِبرَةِ وتُرَغِّبُ في الإرقاءِ كالكحَلِ بفتحَتينِ وهو أنْ يعلُو جُفونَ العينِ سوادٌ كالكُحلِ من غيرِ اكتِحالٍ وتكلثُمِ الوجه ، وهو استِدارَتُه وسِمَنِ الجاريةِ فلا يُشترَطُ ذِكرُها لِتسامُحِ النَّاسِ بإهمالِها غالبًا ويعُدُّونَ ذِكرَها استِقصاءً

= ... لِغيرِه ، والظَّاهرُ أنَّ الأمرَ كما قال وإنَّما خَصُّوا السِّنَّ بذلك لِئَلاَّ يظُنَّ أنَّ المُرادَ حَقِيقَةُ التحديدِ فغيرُه أولى بأنْ يكونَ على التقريب لكن إنَّما يظهَرُ ذلك في اللَّونِ والقدِّ لا في النوعِ والذُّكورَةِ والأُنوثةِ فلا يُقالُ فيها على التقريب ففي العِبارَةِ قَلَقٌ ، وكَتبَ أيضًا ليس لَنا ما هو تقريبٌ بلا خلافٍ سِواه وفي مَعناه الوكالَةُ بشِرائِه أو الوصيَّةُ .

(١) (قوله : إذا كانا مُسلِمَيْنِ عاقِلَيْنِ) ظاهرُ كلامِ أبي عَليٍّ في شرحِ التلخيصِ أنَّه لا يقبَلُ قولَ الفاسِقِ أيضًا ، والظَّاهرُ أنَّه مَتى حَصَلَ نِزاعٌ رَجَعَ إلى النخَّاسينَ وإنْ كان السَّيِّدُ مُسلِمًا عَدلا وحَكَى البغَويُّ وجهًا أنَّه لا يُسلَمُ في الجلَب لأنَّه لا يعرفُ سِنَّه ولا يُقبَلُ قولُ الكافِرِ فيه .

(٢) (قوله : وذلك كأنْ يقولَ سِتَّةُ أشبارٍ إلخ) أفهَمَ كلامُ الرَّافِعِيِّ وغيرِه أنَّه لو قال خَمسَةَ أشبارٍ أو سِتَّةً أنَّه يكْفي ، وكلامُ الوسيطِ يقتضي أنَّه لا يصِحُّ وكأنَّه لِلجَهْلِ بالأشبارِ ، قولُه : لِتسامُحِ النَّاسِ بإهمالِها إلخ ولأنَّها أوصافٌ تختلِفُ باختلافِ الأغراضِ .

ومُبالَغَةً ، (ويجِبُ) في الأمَةِ (ذِكْرُ الثِّيابَةَ والبَكارَةِ) أيْ أحدِهما (ولو شرَطَ كونَه) أيِ الرَّقيقِ (يهوديًّا أو كاتِبًا) أو مُزَوَّجًا كما ذَكرَه الأصلُ ونَحوُها (جازَ) بخِلافِ كونِه شاعِرًا لأنَّ الشِّعرَ طَبَعٌ لا يُمكِنُ تعلُّمُه فيعِزُّ وُجودُه بالأوصافِ المذكُورَةِ ، وبخِلافِ خفيفِ الرُّوحِ[1] وعُذوبَةِ الكلامِ وحُسنِ الخُلُقِ للجَهالَةِ (وكذا) يجوزُ (إنْ شرَطَه زانيًا أو سارِقًا أو قاذِفًا) أو نَحوِها (لا) كونَها (مُغَنِّيةً أو عَوَّادَةً) أو نَحوِهما[2] وَفُرِّقَ بأنَّها صِناعَةٌ مُحَرَّمَةٌ وتِلْك أُمورٌ تحدُثُ كالعمَى والعورِ، قال الرَّافعيُّ : وهذا فرقٌ لا يقبَلُه ذِهنُك ، وقال الزَّركشيُّ[3] بل الفرقُ[4] صَحيحٌ إذْ حاصِلُه أنَّ الغِناءَ والضَّربَ بالعودِ لا يحصُلُ إلا بالتعَلُّمِ وهو محظورٌ وما أدَّى إلى المحظورِ محظورٌ بخِلافِ الزِّنا والسَّرِقَةِ ونَحوِهما فإنَّها عُيوبٌ تَحدُثُ من غيرِ تعَلُّمٍ فهو كالسَّلمِ في العبدِ المعيب لأنَّها أوصافُ نَقصٍ ترجِعُ إلى الذّاتِ والعيبُ مَضبوطٌ[5] فصَحَّ ، قال لكن يُفرَّقُ بوجهٍ آخَرَ وهو أنَّ الغِناءَ ونَحوه لا بُدَّ فيه مع التعَلُّمِ من الطَّبعِ القابلِ لِذلك وهو غيرُ مُكتَسَبٍ فلم يصِحَّ كما لو أسلَمَ في عبدٍ شاعِرٍ بخِلافِ الزِّنا ونَحوِه انتهى . وعلى الفرقِ الثاني لا يُعتبَرُ كونُ الغِناءِ محظورًا أيْ بآلَةِ الملاهي المحَرَّمَةِ بخِلافِه على الأولِ ، وصرّحَ الماورديُّ بالجوازِ فيما إذا كان الغِناءُ مُباحًا ووقَعَ في الرَّوْضَةِ القَوَّادَةُ بالقافِ وصَوابُه كما قاله الإسنَويُّ وغيرُه إنَّه بالعينِ ولهذا عَدَلَ إليه المصنفُ ، والمتَّجه إلحاقُ القَوَّادَةِ[6] بالقافِ بالزَّانيةِ ونَحوِها .

---

(١) (قوله : وبخِلافِ خَفيفِ الرُّوحِ) لو قال في غُلامٍ خَفيفِ الرُّوحِ أو ثَقيلِها أو عَذْبِ الكلامِ أو حَسَنِ الخُلُقِ أي بضَمِّ الخاءِ لا يجوزُ لأنَّه مجهولٌ .

(٢) (قوله : لا مُغَنِّيَةً أو عَوَّادَةً أو نحوِهما) ككَبشِ النِّطاحِ وديكِ الهِراشِ .

(٣) (قوله : وقال الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه .

(٤) (قوله : بل الفرقُ إلخ) أُجيبَ بأنَّ الفرقَ أنَّ المعنَى في امتناعِ السَّلَمِ في المُغَنِّيَةِ والعوَّادَةِ كونُها صِناعَةً مَحظورَةً فلو جَوَّزَ السَّلَمَ فيهما لَكان في ذلك إعانَةً على السَّعيِ في تحصيلِها ، وقد قال تعالى : ﴿ولا تعاونوا على الإثمِ والعُدوانِ﴾ والبيعُ ليس فيه سَعيٌ في التحصيلِ ، ولِهذا المعنَى لَم يصِحَّ السَّلَمُ في كَبشِ النِّطاحِ وديكِ الهِراشِ وإن جازَ بَيعُهما .

(٥) (قوله : والعيبُ مَضبوطٌ) فصحَّ حتى إذا جاءَه به بذلك العيب لَزِمَه قبولُه لِرضاه به في العقدِ لا أنَّه يلزَمُه الوفاءُ بصِفةِ النقصِ حتى إذا جاءَ به سالِمًا لا يلزَمُه قبولُه لأنَّ تلك الأوصافَ المذمومَةَ لا تُقصَدُ .

(٦) (قوله : والمُتَّجه إلحاقُ القَوَّادَةِ إلخ) هو ظاهرٌ فإنَّ القوَّادَةَ هي التي تجمَعُ بين الرِّجالِ والنِّساءِ على الفاحِشَةِ .

(فرعٌ : لو أسلمَ جاريةً صَغيرةً في كبيرَةٍ جازَ) كاسلامِ الإبلِ في كبيرِها (فإنْ كبرَتْ) بكسْرِ الباءِ (أجزَأت) عن المسَلَّمِ فيه ، وإنْ وطِئَها كوطْءِ الثيِّب وردَّها بالعيْب ، وترجيحُ الإجزاءِ هنا من زيادَتِه أخَذَه من قولِ الرَّوْضَةِ آخِرَ الباب : لو اتَّفقَ كوْنُ رَأْسِ المالِ على صِفةِ المسَلَّمِ فيه فأحضَرَه فوجهانِ : أصَحُّهما يجِبُ قَبولُه (ويذكُرُ في الدّوابّ) التي يجوزُ السَّلمُ فيها من إبلٍ وغَنَمٍ وخيلٍ وغيرِها (الجِنسَ والنَّوعَ مع صِنفِه إن اختلَف فيقولُ) في بَيانِ النَّوْعِ بَخاتيٌّ أو عِرابٌ أو (من نِتاجِ بَني فُلانٍ إنْ لم يعِزَّ وُجودُه أو بَلَدِ بَنَى فُلانٍ) كذلك وفي بَيانِ الصِّنفِ المختلِفِ أرحَبِيَّةٌ أو مُهْرِيَّةٌ أو مُجَيْدِيَّةٌ لاختِلافِ الغرَضِ بذلك أمَّا ، إذا عَزَّ وُجودُه كأنْ نُسِبَ إلى طائِفةٍ يسيرَةٍ فلا يصِحُّ السَّلمُ فيه كنَظيرِه فيما مَرَّ في ثَمرِ بُستانٍ (والبَغْلُ والحِمارُ يُنْسَبانِ إلى البَلَدِ) أو غيرِه وهذا مع قُصورِه عن الغرَضِ داخِلٌ فيما قبله لِتعبيرِه فيه بالدّوابِّ ، والأصلُ إنَّما أفرَدَه مع استيفاءِ الغرَضِ لِتعبيرِه أولا بالإبلِ والخيْلِ فقال بعدَ ذِكْرِه ما يتعَلَّقُ بهما : وهكذا القولُ في البَقَرِ والغنَمِ والبغالِ والحميرِ وما لا يتبَيَّنُ نَوْعُه بالإضافةِ إلى قومٍ يُبَيَّنُ بالإضافةِ إلى بَلَدٍ وغيرِه .

(و) يذكُرُ في الدّوابِّ (الذُّكُورَةَ والأُنُوثَةَ) أيْ إحداهما (والسِّنَّ [١]) كابنِ مَخاضٍ وابنِ لَبونٍ (واللوْنَ) كأحمَرَ وأسودَ ، وقَضِيَّةُ كلامِه كغيرِه أنَّه لا يُشترَطُ ذِكْرُ القَدِّ ، ونَقَلَه الرَّافعيُّ عن اتِّفاقِ الأصحاب ، لكن جَزَمَ المصنفُ في إرشادِه باشتِراطِه [٢] ، وسَبَقَه إليه الماورديُّ [٣] قال : وليس للإخلالِ به [٤] وجهٌ ، قُلْت : بل له وجهٌ يُعرَفُ مِمَّا وجَّهَ به عَدَمَ اشتِراطِ الدّعَجِ ونَحوِه ، (ويُندَبُ ذِكْرُ

---

(١) (قوله : والسِّنَّ) ينبَغي أنْ يكْتفي في بَقَرِ الوحشِ وحُمُرِه بذكْرِ الجُثَّةِ عن السِّنّ لِعُسرِ الوُقوفِ عليه قاله بعضُهم .

(٢) (قوله : لكن جَزَمَ المُصَنِّفُ في إرشادِه باشتراطِه) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه إنَّما ذكرَه المُصَنِّفُ في إرشادِه في الرَّقِيقِ .

(٣) (قوله : وسَبَقَه إليه الماورديُّ) في الإبلِ والخيْلِ .

(٤) (قوله : قال وليس لِلإخلالِ به وجهٌ) لأنَّ ما يرفعُه هذا في أثمانِها أكثرُ مِمَّا يختلِفُ أثمانُ الحِنطَةِ بصِغَرِ الحبَّاتِ وكِبَرِها ، قال الأذْرَعِيُّ : وهو الحقُّ ونَصُّ المُختصَرِ يقتضيه ويجِبُ طَرْدُه في البغالِ والحميرِ كأصلِه والبقَرِ ، وقَضِيَّةُ كلامِ الإمامِ الجزْمُ به حتى في الغنَمِ أيضًا قال شيخُنا فعُلِمَ من هذا أنَّه يُشترَطُ في سائِرِ الحيواناتِ ، وما نَقَلَه الرَّافِعِيُّ عن اتِّفاقِ الأصحاب يُحمَلُ على كونِ ذلك في بَلَدٍ لا يختلِفُ بذكْرِه وعَدَمِه غَرَضٌ صحيحٌ ، وقولُه : قال الأذْرَعِيُّ : وهو الحقُّ أشارَ إلى تصحيحِه .

الشِّياتِ في غيرِ الإبلِ) أيْ ألوانِه المخالِفةِ لِمُعظَمِ لونِه (كالأغرِّ والمحَجَّلِ واللطيـمِ) بفتحِ اللامِ وهو من الخيلِ ما سالَتْ غُرَّتُه في أحدِ شِقَّيْ وجهه قاله الجوْهَريُّ وقال غيرُه : هو الذي أحدُ شِقَّيْه أبيضُ كأنَّه لُطِمَ بالبَياضِ ، وقد يُحمَلُ قولُه شِقَّيْه على شِقَّيْ وجهه فلا مُخالَفةَ ، ومُقتضَى كلامِ المصنفِ / كاصْلِه جوازُ السَّلَمِ [١] في الإبلق ٢/١٣٣ والـذي جَزَمَ به الماورديُّ أنَّه لا يجوزُ [٢] لأنَّـه لا ينضَبطُ بخِلافِ الأعفرِ وهو الذي بين البَياضِ والسَّوادِ ، وتعبيرُ المصنفِ بغيرِ الإبلِ أعَمُّ من تعبيرِ الأصلِ بالخيلِ (فلو أسلمَ في الطُّيُورِ والسَّمَكِ ولُحومِها جازَ) وذِكْرُ السَّمَكِ ولحمِه مُكرَّرٌ مع ما يأتي بزيادةِ (ويذْكُرُ) في الطُّيُورِ والسَّمَكِ ولُحومِها (الجِنْسَ والنَّوْعَ والجُثَّةَ [٣]) صِغرًا وكِبَرًا .

(وكذا السِّنُّ إنْ عُرِف) ويرجِعُ فيه للبائِعِ كما في الرَّقيقِ ، والظَّاهرُ أنَّه إذا ذكَرَ السِّنَّ [٤] لا يحتاجُ إلى ذِكْرِ الجُثَّةِ كما في الغنَمِ ولِما قالُوه من أنَّ ذِكْرَها إنَّما اعتُبِرَ لأنَّ السِّنَّ الـذي يُعرَفُ به صِغرُها وكِبَرُها لا يكـادُ يُعرَفُ (والـذُّكُورَةَ والأُنوثَـةَ) أيْ إحداهما (إنْ أمكـنَ) تمييزُها (وتعلَّقَ به) أيْ بذِكْرِها (غَرَضٌ و) يذْكُرُ (مَوْضِعَ اللحمِ في كبيرٍ) من الطَّيْرِ أو السَّمَكِ كـالغنَمِ ، وهذا محَلُّه في الفصـلِ الآتي (و) يـذْكُرُ (اللونَ في الطَّيْرِ) كما في الوسيطِ وغيرِه [٥] وهـذا من زيادَتِه ويـذْكُرُ في السَّمَكِ أنَّه نَهريٌّ أو بَحريٌّ طَريٌّ أو مالِحٌ (ولا يلزَمُـه قَبـولُ الرَّأسِ والرِّجْـلِ من الطَّيْرِ و) لا (الذَّنَب) الذي لا لحمَ عليه (من السَّمَكةِ) إذا أسلَمَ في لُحومِها كما لا يلزَمُه قَبولُ الرِّيشِ وما في الجوْفِ مِمَّا لا يُؤكَـلُ ، ومُقتضَى كلامِـه كأصْلِه أنَّه يلزَمُه

---

(١) (قوله : ومُقتضَى كلامِ المُصَنِّفِ كأصلِه جَوازُ السَّلَمِ في الأبلَقِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : والذي جَزَمَ به الماورديُّ إلخ) قال : لو أَسلَمَ في فَرَسٍ أبلَقَ قال بعضُ أصحابنا : يجوزُ قـال في الحـاوِي : لا يجوزُ لأنَّ البلَـقَ مُختـلِفٌ لا ينضَبطُ ، قـال الأذْرَعيُّ : وهـذا مُختصٌّ بالبراذينِ ، لأنَّه نادِرٌ في العتاقِ والأشبَه الصِّحَّةُ ببَلَدٍ يكثُرُ وُجودُها فيه ويكفي ما يصْدُقُ عليه اسمُ أبلَقَ كَسائِرِ الصِّفات ، قال شيخُنا : ويُمكِنُ حَملُ الجوازِ على وُجودِ ذلك بكَثرةٍ في ذلك المحَلِّ وعَدَمُ الجوازِ على خلافِ ما ذكرَ .

(٣) (قوله : ويذْكُرُ الجِنْسَ والنوعَ والجُثَّةَ) يذْكُرُ في الحيِّ العدَدَ وفي المذْبوحِ الوزنَ ويُشترَطُ تنقيةُ جَوفِه وإذا اختلَفَ صِنفُ النوعِ من الطَّيْرِ وجَبَ بَيانُه كما تقدَّمَ في غيرِه .

(٤) (قوله : والظَّاهرُ أنَّه إذا ذكرَ السِّنَّ إلخ) ما استظْهَرَه ممنوعٌ وكذا ما استشهَدَ به .

(٥) (قوله : كما في الوسيطِ وغيرِه) تبعَه النوويُّ في التنقيحِ ومُسَوَّدَةِ شرحِ المهَذَّب ، وكَتَبَ أيضًا وقال الإسنَوِيُّ وغيرُه : لا بُدَّ منه لكنْ قال الأذْرَعيُّ : اعتبارُه غَريبٌ ويظْهَرُ في بعضِ الصُّورِ حيثُ يختلِفُ به الغرَضُ والقيمَةُ ، وتبعَه الزَّرْكَشيُّ .

قَبولُ رَأْسِ السَّمَكةِ ، لكنْ نَصَّ في البويطيِّ على عَدَمِ لُزومِه [١] ويلزَمُه قَبولُ جِلْدِ الطَّيْرِ والسَّمَكِ وصَغيرِ الجِداءِ بخِلافِ كبيرِها ذَكَرَه في الكِفايةِ **(ويجوزُ)** السَّلَمُ **(في السَّمَكِ** [٢] **والجرادِ حَيًّا أو مَيِّتًا)** حَيْثُ عَمَّ ، ويذكُرُ في الحيِّ العدَدَ وفي غيرِه الوزنَ **(ويصِفُ كُلَّ جِنْسٍ من الحيوانِ بما يليقُ به)** مِمَّا يُرادُ هذا تأكيدٌ وإيضاحٌ .

(فائِدَةٌ) قال الأذرَعيُّ الظَّاهرُ أنَّه لا يجوزُ [٣] السَّلَمُ في النَّحلِ وإنْ جوَّزْنا بيعَه لأنَّه لا يُمكِنُ حَصْرُه بعَدَدٍ ولا كيلٍ ولا وزنٍ وأنَّه يجوزُ السَّلَمُ في أوزَّةٍ وفِراخِها وفي دَجاجَةٍ وفِراخِها إذا سَمَّى عَدَدَها ولا يتخَيَّلُ فيه ما قيلَ في الدَّابَّةِ أو الجاريةِ وولَدِها إذ لا أوصاف هنا تختلِفُ وتُؤَدِّي إلى عِزَّةِ الوُجودِ فهو كما لو أسلَمَ في عَبيدٍ صِغارٍ وأَمَةٍ أجنَبيَّةٍ منهم وأولى ، وما قاله في هذِه مَردودٌ إذ يعِزُّ وُجودُ الأُمِّ [٤] وأولادِها بالصِّفاتِ المذكُورَةِ التي منها اللونُ على أنَّ هذِه داخِلَةٌ في قولِهم حُكْمُ البَهيمَةِ وولَدِها حُكْمُ الجاريةِ وولَدِها .

(فصْلٌ : يجوزُ) السَّلَمُ **(في اللحمِ** [٥] **جَديدِه وقَديدِه)** ولو مُمَلَّحًا وإنْ كانتْ عليه عَيْنُ المِلحِ لأنَّه من مَصلحَتِه ، وفي كلامِه بالنِّسبَةِ إلى لحمِ الطَّيْرِ والسَّمَكِ مع بعضِ صِفاتِه الآتيةِ نَوْعُ تكْرارٍ مع ما مَرَّ ، **(و)** في **(الشحمِ والكبدِ ونَحوِه)** كالأليةِ والكُلْيةِ والطِّحالِ **(ويذْكُرُ جِنْسَ حَيوانِه ونَوْعَه)** وصِنفه إن اختلَفَ [٦] وتعَلَّقَ به غَرَضٌ فيما يظهَرُ ، وكلامُ الأذرَعيِّ يميلُ إليه **(وذُكُورَته وخِصاءَه وكَوْنَه رَضيعًا** [٧] **أو جَذَعًا أو ثَنِيًّا ومَعلُوفًا)** والعِبْرَةُ بأنْ يُعلَف **(علفًا يُؤَثِّرُ)** في لحمِه **(أو**

---

(١) (قوله : لكنْ نَصَّ في البويطيِّ على عَدَمِ لُزومِه) أشارَ إلى تصحيحِه وجَزَمَ به ابنُ الرِّفْعَةِ غيرَ حاكٍ لِلنَّصِّ ولا لكلام الرَّافِعِيِّ ، ثم حَكَى فيما إذا كان الحوتُ صَغيرًا وجهًا أنَّه يجِبُ قبولُ الرَّأسِ والذَّنَب لأنَّ العادَةَ أكْلُهما معه ثم قال : والمذهَبُ الأوَّلُ ، وقال في المُتوسِّطِ : المُتَّجه فيما تناهَى صِغَرُه من السَّمَكِ قبولُ الذَّنَب والرَّأسِ والعُرفُ شاهدٌ له ، وكَتَبَ أيضًا ونَصَّ في الأُمِّ على أنَّه يجِبُ قبولُ الذَّنَب إذا كان عليه لَحْمٌ ومِثْلُه الرَّأسُ .

(٢) (قوله : ويجوزُ في السَّمَكِ إلخ) قال العِراقِيُّونَ وغيرُهم : ويصِفُ السَّمَكَ بالسِّمنِ والهزالِ وما صيدَ به قال الماورديُّ : وزَمانَ صيدِه إنْ كان طَرِيًّا وزَمانَ تمليحِه إنْ كان مَملوحًا .

(٣) (قوله : قال الأذرَعيُّ الظَّاهرُ أنَّه لا يجوزُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وما قاله مَردودٌ إذ يعِزُّ وُجودُ الأُمِّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (فصلٌ : يجوزُ السَّلَمُ في اللَّحمِ إلخ)

(٦) (قوله : وصِنفه إنِ اختلَفَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : وكونَه رَضيعًا إلخ) لاختلافِ الغرَضِ بذلك ويُبَيِّنُ نوعَ العلفِ .

ضِدَّها) أيْ أُنوثَتِه وفُحولَتِه وكوْنِه فطيماً أو ابنَ مَخاضٍ أو ابنَ لَبونٍ أو نَحوها وراعيًا فلو كان بِبَلَدٍ لا يَختلِفُ فيه الرَّاعي والمعلُوفُ قال الماورديُّ [١] لم يلزَم ذِكْرُه [٢] (وكوْنَ اللحمِ من الفخِذِ [٣]) بإعجامِ الذّالِ (ونَحوِه) كالكتِفِ والجنب ، وكوْنَه من سَمينٍ أو هَزيلٍ [٤] كما فُهِمَ بالأولى من اعتبارِ كوْنِه من راعٍ أو مَعلُوفٍ ، ونَقَله الأصلُ عن العِراقيِّينَ ونَصَّ عليه الشافعيُّ في البويطيِّ [٥] لكنْ / صَحَّح المصنفُ في ١٣٤/٢
شرحِ الإرشادِ أنَّه لا يُشترَطُ ، قال الزَّركشيُّ : وقياسُ ما يأتي في اللبَنِ من اعتِبارِ ذِكْرِ نَوْعِ العلفِ اعتِبارُه هنا أيضًا كما صرَّحَ به بعضُهم (ويأخُذُه) المسَلَّمُ (بعَظْمٍ مُعتادٍ [٦] إنْ لم يشرِطْ نَزْعَه) لأنَّه لا يتميَّزُ منه كالنَّوى في التمرِ ، فإنْ شرَطَه جازَ ولم يجِبْ قَبولُه (والعجَفُ عَيْبٌ) عن عِلَّةٍ وعليه يُحمَلُ إطلاقُ الجوْهَريِّ أنَّه هزالٌ فلا يجوزُ شرطُه (ولا يصِحُّ) السَّلَمُ (إنْ شرَطَه) لأنَّه لا ينضَبطُ (ولا مَدخَلَ للخِصاءِ والعلف) وضِدِّهما (في لحمِ الصَّيدِ وليذْكُرْ ما يُصادُ به) من أُحبولَةٍ أو سَهْمٍ أو جارِحَةٍ وإنَّها كلْبٌ أو فهدٌ (فصَيْدُ الكلْب أطيبُ) لِطيب نَكْهَتِه (ولا يجوزُ) السَّلَمُ (في الرُّؤوسِ والأكارِعِ) وإنْ كانتْ نيئَةً مُنَقاةً من الصُّوفِ ومَضبوطَةً بالوزْنِ لِتعَذُّرِ ضَبْطِها لِما فيها من الأبعاضِ المختلِفةِ ، ويُخالِفُ السَّلَمَ في الحيوانِ وإن

---

(١) (قوله : قال الماورديُّ إلخ) أشارَ إليه الرَّافِعِيُّ ، وظاهرُ كلام المُصَنِّفِ أنَّه إذا قال مَعلوفةً لا يجِبُ قبولُ الرَّاعيةِ وإن كانتْ في غايةِ السِّمنِ ، وقال في المطلَب : الظَّاهرُ قبولُه لأنَّه قِيلَ إنَّ الرَّاعيةَ سَمينُها أطيَبُ من المعلوفةِ لأنَّ الرَّاعيةَ تتَرَدَّدُ في المرعَى والمعلوفةَ مُقيمَةٌ فيكونُ سَمينُها أطيبَ .

(٢) (قوله : لم يلزَمه ذِكْرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وكونَ اللَّحمِ من الفخذ إلخ) لاختلافِ الغرَضِ بذلك وكلَّما قَرُبَ من الماءِ والمرعَى فهو أطيبُ فلَحمُ الرَّقَبةِ أطيَبُ لِقُربه ، ولَحمُ الفخذ أدونُ لِبُعدِه وهذا فيما جرَت العادَةُ ببَيْعِه .

(٤) (قوله : وكونَه من سَمينٍ أو هَزيلٍ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه مُرادُهم بالهَزيلِ غيرُ المعيب .

(٥) (قوله : ونَصَّ عليه الشافِعيُّ في البويطيِّ) فهو المذهَبُ .

(٦) (قوله : ويأخُذُه بعَظْمٍ مُعتادٍ) لا يلزَمُه قبولُ الجِلدِ على اللَّحمِ إلا جِلدَ الصِّغارِ كما قاله الرُّويانيُّ وغيرُه وإلا جِلدَ السَّمَكِ والطَّيرِ ولْيُنظَر في جِلدِ الغنَمِ السَّميطِ فإنْ صحَّ السَّلَمُ فيه وهو الأقرَبُ لأنَّ النارَ لَم تُؤثِّر فيه تأثيرًا له بالٌ فالأشبَه قبولُ جِلدِه عليه ولَم أرَ فيه شيئًا ، ولَم أرَ مَنْ تعَرَّضَ لاعتبارِ ذِكْرِ لونِ الحيوانِ الأهْليِّ المُسَلَّمِ في لَحمِه ، وقد اعتبَرَه الماورديُّ في لَحمِ الوحْشيِّ وقال : إنَّ لألوانِه تأثيرًا في لَحمِه فيقرُبُ أنْ يكونَ مِثله في الأهْليِّ إلا أنْ يتَّضِحَ فرقٌ ولا أخالُه قاله الأذرَعيُّ .

اشتمَلَ عليها لأنَّ المقصودَ جُملتُه من غيرِ تجْريدِ النَّظَرِ إلى آحادِ الأعضاءِ ويُقالُ في الأكارِعِ كوارِعُ ، وأكرُعٌ جَمْعُ كُراعٍ ، قال النَّوويُّ : وهو من الدّوابِّ ما دون كُعوبها والجوْهَريُّ : مُستدَقُّ السَّاقِ والشائعُ إطلاقُها عليهما مَعًا .

(فضلٌ : ولا يصِحُّ) السَّلمُ (في مَطبوخٍ و) لا (ناضِجٍ بالنَّارِ [١] ولو خُبْزًا) عنـدَ الأكثَرِينَ لاختِلافِ الغـرَضِ باختِـلافِ تأثيرِها فيـه وتعَـذُّرِ الضَّبطِ ، وتعبيرُه بمَطبوخٍ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بلحمٍ مَطبوخٍ فيمتنِعُ السَّلمُ في كُلِّ مَطبوخٍ (و) لو (سُكَّرًا وفانيذًا [٢] ولِبَأً) ودِبسًا وهذا ما اقتضاه كلامُ الرَّافعيِّ حَيثُ شبَّهَه بالخُبزِ وجَزَمَ صاحِبُ الأنوارِ واعتمَدَه في المهمَّاتِ ، وذكرَ في الرَّوْضَةِ في ذلك وجهَيْنِ ، ومَيْلُه فيها إلى الجوازِ وصحّحه في تصحيحِ التنبيه في كُلِّ ما داخَلَتْه نارٌ [٣] لَطيفةٌ ، ومَثَّلَ بالمذكُوراتِ ، وعليه يُفرِّقُ بين بابَي الرِّبا والسَّلمِ بضيقِ باب [٤] الرِّبا ، لكنْ قال الأذرَعيُّ : قَلَّ مَنْ وافقَه على الفرقِ بين البابينِ في هـذا الحُكْمِ وقولُه كغيرِه : إنَّ نارَه لَطيفةٌ خِلافُ المشاهَدِ ، وهو كـلامُ مَنْ لا عَهْدَ لـه بعَمَلِ السُّكَّرِ [٥] وكذا نَظَرَ فيـه السُّبْكيُّ ثُم قال : لكنَّه مُوافِـقٌ لِقولِهم في الرِّبا إنَّه يجوزُ بيعُ بعضِ المـذكُوراتِ ببعضٍ وفيما استدرَكَ به مع ما تقدَّمَ في الفرقِ تنافٍ ، إذ قَضيَّةُ ذلك أنَّه لا فرقَ بين البابينِ فما استدرَكَ به ليس بظاهرٍ مع أنَّه خِلافُ المنقولِ ، وصرّحَ الإمامُ بجوازِ بيعِ

---

(١) (قوله : ولا ناضِجَ بالنارِ) يلحَقُ بما دَخَلَتْه النارُ ما دَخَله السُّوسُ أو البلُّ أو العفنُ من الطَّعامِ.

(٢) (قوله : ولو سُكَّرًا وفانيذًا إلخ) قال في التتمَّةِ : السَّلَمُ في السُّكَّرِ والفانيذِ والدِّبسِ جائزٌ لأنَّ لِلنَّارِ في هذه الأشياءِ حَدًّا مَضبوطًا .

(٣) (قوله : وصحَّحَه في تصحيحِ التنبيه في كُلِّ ما دَخَلَتْه نارٌ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال الزَّرْكَشيُّ : ويشهَدُ لِلنَّوويِّ نَصُّ الأُمِّ فإنَّه قال في باب الخليطِ الذي يجوزُ السَّلَمُ في كُلِّ واحدٍ من خَليطَيْه على انفِرادِه ، ومن ذلك اللَّوزُ المخلوطُ بالسُّكَّرِ وهو صَريحٌ في جَوازِ السَّلَمِ في السُّكَّرِ ، وجَرَى عليه الصَّيْمَريُّ والماورديُّ والقاضي الحُسَيْنُ وصاحِبُ الكافي .

(٤) (قوله : بضيقِ باب الرِّبا) لأنَّ المُماثَلَةَ مَرعيَّةٌ فيه وتأثيرُ النارِ يُفضي إلى الجهلِ بالمُماثَلَةِ أو حَقيقَةِ المُفاضَلَةِ ، والمرعيُّ في السَّلَمِ قُربُ الضَّبطِ وهو مَعلومٌ بالعادَةِ فنَزَلَ كُلُّ بابٍ على مَأخَذه وقـد أشارَ إلى ذلك في البسيطِ والسَّلَمُ يجوزُ في أُمورٍ كَثيرَةٍ وتنضَبطُ بـالوصفِ ولا يجوزُ بَيْعُ بعضِها ببعضٍ فمن ذلك اللُّحومُ والثِّمارُ والفواكِه والخُبزُ دَخَلَتْه النارُ فلا يُباعُ بعضُه ببعضٍ قَطْعًا ، ويجوزُ السَّلَمُ فيه على وجهٍ .

(٥) (قوله : وهو كلامُ مَنْ لا عَهْدَ له بعملِ السُّكَّرِ) مُرادُه بلَطيفةٍ أنَّها مَضبوطَةٌ قال الغزّيُّ قد يُقالُ إنَّ نفسَ السُّكَّرِ لا يحْتاجُ إلى نارٍ كَثيرَةٍ وإنَّما يحْتاجُ إليها لِتمييزِ السُّكَّرِ عن القصَب .

الماءِ المغليِّ بمثلِه وقياسُه جوازُ المسَلَّمِ فيه واللُّبابا بالهمزِ والقَصرِ أولُ ما يُحْلَبُ وغيرُ المطبوخِ منه يجوزُ السَّلمُ فيه قَطعًا وسَيأتي . (ويصِحُّ) السَّلمُ (في الماوردِ) لأنَّ نارَه لَطيفةٌ والترجيحُ فيه من زيادَتِه وجَزَمَ به الماورديُّ وغيرُه ، وقال الرُّويانيُّ : إنَّه الأصَحُّ عندي [١] وعندَ عامَّةِ الأصحاب ، (و) يصِحُّ في (العسَلِ المصَفَّى بالنَّارِ [٢]) لأنَّ تصْفيته بها لا تُؤَثِّرُ لأنَّ نارَه لَطيفةٌ لِلتَّمييزِ لا للعَقْدِ بخِلافِها في الدِّبسِ والسُّكَّرِ على ما مَرَّ ، والتصْريحُ بالترجيحِ فيه من زيادَتِه على الرَّوْضَةِ ، وجَزَمَ بـه في الأنوارِ والـذي في الأصلِ إلحاقُه بهما فيما مَرَّ ، أمَّا المصَفَّى بالشمسِ فيصِحُّ السَّلمُ فيه قَطْعًا لِعَدَمِ اختِلافِه (و) يصِحُّ السَّلمُ في (الشمعِ والآجُرِّ) [٣] لِما مَرَّ نَعَم يمتنِعُ في الآجُرِّ الملْهوجِ وهو الذي لم يكْمُلْ نُضجُه واحمَرَّ بعضُه واصْفرَّ بعضُه ، نَقَله الماورديُّ عن أصحابنا قال السُّبكيُّ : وهو ظاهرٌ لاختِلافِه ويصِحُّ أيضًا في القَنْدِ والخزَفِ والفحمِ لِما مَرَّ قال الأذْرعيُّ والظَّاهرُ جوازُه في المسْمُوطِ [٤] لأنَّ النَّارَ لا تعمَلُ فيه عمَلا له تأثيرٌ .

(فصلٌ : ويذْكُرُ في التمرِ [٥] والرُّطَبِ والحُبوب كالحِنطَـةِ [٦]) والشعيرِ (جِنسًا) التصْريحُ به من زيادَتِه ، / ونَوعًا كمَعقِليٍّ أو بَرنيٍّ (ولونًا وكِبَرًا) أو صِغَرًا ١٣٥/٢
(وبَلَدًا) كبَغداديٍّ ، والقياسُ ذِكْرُ الصِّنفِ إن اختلَف (وكذا كونُها جديدَةً أو عَتيقَةً إلا في الرُّطَب) ويذْكُرُ أنَّ الجفاف على النَّخلِ أو بعدَ الجِذاذِ ، فإنَّ الأولَ أبقَى والثاني أصفى قاله الماورديُّ ، قال السُّبكيُّ : ويُستحَبُّ أنْ يُبَيِّنَ عَتيقَ عامٍ أو

(١) (قوله : وقال الرُّويانيُّ : إنَّه الأصحُّ عندي إلخ) وقال في الاستقصاءِ : إنَّه أصحُّ الوجهَيْنِ .
(٢) (قوله : والعسَلِ المُصَفَّى بالنارِ) أو السَّمنِ أو نحوِه .
(٣) (قوله : والآجُرّ) ويذْكُرُ نوعَه وطينَه ولونَه وطوله وعَرضَه وسُمكَه ووزنَه كاللَّبِنِ .
(٤) (قوله : والظَّاهرُ جَوازُه في المسموطِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .
(٥) (قوله : ويذْكُرُ في التمرِ) استثنَى من جَوازِ السَّلَمِ في التمرِ التمرَ المكْنوزَ في القواصِرِ فإنَّه لا يُسَلِّمُ فيه ، كما نَقَله الماورديُّ عن الأصحاب ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ استيفاءُ صِفته المشروطَةِ بعدَ كِنازِه ، ولو شَرَطَ نَزْعَ نَوى التمرِ ففي صِحَّةِ السَّلَمِ فيه وجهانِ في الحاوِي والبحرِ بلا ترجيحٍ ، والزَّبيبُ كالتمرِ ، قال الأذْرعيُّ : ويجِبُ الجزْمُ بأنَّه لا يصِحُّ السَّلَمُ فيه بشرطِ نَزعِ عَجَمِه .ا هـ . وأصحُّ الوجهَيْنِ في نَزعِ نَوى التمرِ عَدَمُ الصِّحَّةِ .
(٦) (قوله : كالحِنطَةِ) قال ابنُ الصَّلاحِ : ويُشترَطُ في القمحِ أنْ يذْكُرَ حَبَّه صِغارًا وكِبارًا ووسَطًا .
(تنبيهٌ) يذْكُرُ في الدَّقيقِ آلَته وخُشونَته ونُعومَته وقُربَ زَمانِه وبُعدَه وفي السكر والناحيةَ ونوعَ القصَب واللَّونَ والقوَّةَ واللِّينَ والحداثةَ والعِتْقَ ، وفي العفصِ يذْكُرُ بَلَدَه ولونَه ووزنَه وصِغَرَه وكِبَرَه وجِدَّته وعِتْقَه ، وفي التِّبنِ يذْكُرُ أنَّه تبنُ حِنطَةٍ أو شَعيرٍ والكيلُ أو الوزنُ .

عامَين فإنْ أطلَقَ فالنَّصُّ الجوازُ وينزِلُ على مُسَمَّى العتيقِ وهو قولُ البَغداديِّينَ ، وقال البَصْرِيُّونَ : لا يصِحُّ [١] (ويذكُرُ لونَ العسَلِ وبَلَدَه) عِبارَةُ الأصلِ : ويذكُرُ أنَّه جبَليٌّ أو بَلَديٌّ (ووقتَه كالصَّيفيِّ) والخريفيِّ لا عِتقَه [٢] وحداثَته كما صرَّحَ به الأصلُ ؛ لأنَّه لا يختلِفُ به الغرَضُ ، قال الماورديُّ [٣] : ويذكُرُ مَرعاه [٤] وقوَّته ورِقَّته (فإنْ رَقَّ لا لِعَيبٍ) كحَرٍّ (أخَذَه) المسَلَّمُ أيْ لَزِمَه قَبولُه بخِلافِ ما إذا رَقَّ لِعَيبٍ أو كان رَقيقًا خِلقَةً وهو بخِلافِ ما شرَطَه .

(فصلٌ : يشترَطُ في اللبَنِ والزُّبْدِ والسَّمنِ ذِكْرُ جِنسِ حَيوانِه ونَوْعِه وما كَوْنُه) من مَرعًى أو علفٍ مُعَيَّنٍ بنَوْعِه ، وقَضيَّةُ كلامِ أصلِه اعتِبارُ السِّنِّ ككَوْنِه لَبَنَ صَغيرٍ أو كبيرٍ ، قال الأذرَعيُّ : ولم أرَ مَن ذَكرَه فكأنَّ المصنف حَذَفه لِذلك (و) يذكُرُ (لونَ السَّمنِ والزُّبْدِ لا اللبَنِ) وأمَّا اللبأُ فيذكُرُ فيه ما يذكُرُ في اللبَنِ وأنَّه قبلَ الوِلادَةِ أو بعدَها ، وأنَّه أولُ بَطنٍ أو ثانيه أو ثالِثُه ولِبَأُ يوْمِه أو أمسِه كذا نَقَله السُّبْكيُّ عن الأصحاب .

(ويذكُرُ في السَّمنِ أنَّه جديدٌ أو عَتيقٌ) الترجيحُ فيه من زيادَتِه ورَجَّحَه في الشرحِ الصَّغيرِ ، والذي في الأصلِ هل يحتاجُ إلى ذِكرِ العتيقِ والجديدِ ؟ وجهانِ قال الشيخُ أبو حامِدٍ : لا بل العتيقُ مَعيبٌ لا يصِحُّ السَّلمُ فيه ، وقال القاضي أبو الطَّيِّب : المتغَيِّرُ هو المعيبُ لا كُلُّ عَتيقٍ فيجِبُ بَيانُه .

قال في المهمَّاتِ : وقد نُقِلَ في الشامِلِ عن القاضي أبي الطَّيِّب أنَّ شرطَ وُجوب البَيانِ أنْ تختلِفَ القيمَةُ ، وما قاله الشيخُ أبو حامِدٍ حُكْمًا وتعليلا هو نَصُّ الشافعيِّ كما نَقَله في الشامِلِ عن الشيخِ أبي حامِدٍ عنه ، فتلَخَّصَ أنَّه مَذهَبُنا ا هـ . ويُمكِنُ حَملُه على المتغَيِّرِ لأنَّه حينَئِذٍ مَعيبٌ وحَمْلُ الأولِ على غيرِه على أنَّ السُّبْكيَّ

---

(١) (قوله : وقال البصْرِيُّونَ لا يصِحُّ) وحَمَلوا النصَّ على تمرِ الحِجازِ لأنَّه لا يتفاوتُ عِتقُه في الرَّداءَةِ ، وسَيأتي عن نَصِّ الأمِّ في الحِنطَةِ ما يُؤَيِّدُه وتجري هذه الأوصافُ في الزَّبيب ، قال في الأمِّ : ويصِفُ الحِنطَةَ من صِرامِ عامِها أم عامٍ أوَّلٍ ثم قال : فإنْ ترَكَ شيئًا من هذا لَم يجُزْ ا هـ . وجَرَى عليه القاضي الحُسَيْنُ فقال : يصِفُ مُدَّةَ الحُبوب كحَصادِ عامٍ كذا إن كان في البلَدِ من غيرِه وإلا لَم يجُزْ . ا هـ . وحَكاه عنه في الكِفايَةِ .

(٢) (قوله : لا عِتقَه) ضَبَطَه النوويُّ بخَطِّه بضَمِّ العينِ ، وقال الإسنَويُّ : إنَّه بكَسرِها .

(٣) (قوله : قال الماورديُّ) وتبِعَه العِمرانيُّ .

(٤) (قوله : ويذكُرُ مَرعاه) اشترَطَه الشيخُ أبو حامِدٍ وكَثيرٌ من العِراقِيِّينَ ونَصَّ عليه في الأُمِّ .

قال : ونَصُّ الشافعي يدُلُّ لِما قاله (١) القاضي .

قُلْت فيصيرُ في المسألَةِ قولانِ حَيْثُ اختلَف النَّصَّانِ رَجَّحَ الرَّافعيُّ منهما أحدَهما كما عُرِف (ولا يصِحُّ في حامِضِ اللبَنِ) لأنَّ الحُمُوضَةَ عَيْبٌ (٢) فيه (إلا في مَخيضٍ لا ماءَ فيه) فيصِحُّ السَّلمُ فيه ولا يضرُّ وصْفُه بالحُمُوضَةِ ، لأنَّها مَقصودَةٌ فيه (واللبَنُ) المطْلَقُ (يُحمَلُ على الحُلْوِ وإن انعَقَدَ) أيْ جَفَّ فلو أسلمَ في لَبَنٍ يومَيْنِ أو ثَلاثَةً فإنَّما يجوزُ إذا بَقِي حُلْوًا في تِلْك المدَّةِ قاله الأصلُ ، وفي الأُمِّ : لا يجوزُ إلا أنْ يقولَ حَليبًا أو لَبَنَ يومِه قال : والحليبُ ما حُلِبَ من ساعَتِه (ويذْكُرُ طَراوةَ الزُّبْدِ وضِدَّها) كأنْ يقولَ زُبْدُ يومِه أو أمسِه (ويجوزُ) السَّلمُ (في اللبَنِ كيْلا ووزْنًا ويُوزَنُ اللبَنُ برغْوتِه) بتثليثِ الرَّاءِ لأنَّها لا تُؤثِّرُ في الميزانِ (ولا يُكالُ بها ويذْكُرُ نَوْعَ الجُبْنِ وبَلَدَه ورُطوبَته ويُبْسَه) الذي لا تغَيُّرَ فيه أمَّا ما فيه تغَيُّرٌ فلا يصِحُّ السَّلمُ فيه لأنَّه مَعيبٌ ، وعليه مَنَعَ الشافعيُّ السَّلمَ في الجُبْنِ القَديمِ (والسَّمنُ يُوزَنُ ويُكالُ ، وجامِدُه) الذي يتجافَى في المِكْيالِ (يُوزَنُ كالزُّبْدِ واللِّبَأِ المجَفَّفِ (٣)) أمَّا غيرُ المجفَّفِ فكاللبَنِ وما نَصَّ عليه في الأُمِّ من أنَّه يصِحُّ السَّلمُ في الزُّبْدِ كيْلا ووزْنًا يُحمَلُ على زُبْدٍ لا يتجافَى في المِكْيالِ .

(فصْلٌ : ويذْكُرُ في الصُّوفِ والوبَرِ) والشعَرِ كما صرَّحَ به الأصلُ أيْ في كُلٍّ منها (نَوْعَ أصلِه) هذا من زيادَتِه ، وصرَّحَ به الماورديُّ (وذُكُورَته وأُنوثَته) أيْ إحداهما لأنَّ صوفَ الإناثِ أنعَمُ ، واغتنَوْا بذلك عن ذِكْرِ اللِّينِ والخُشونَةِ (٤) (وبَلَدَه واللوْنَ والوقْتَ) كخَريفِيٍّ أو رَبيعِيٍّ (والطُّولَ والقِصَرَ) أيْ أحدَهما (والوزْنَ) ولم يذْكُروا عِتْقَه أو حداثَته إن اختلَف به الغرَضُ ، وقد ذَكروه في

---

(١) (قوله : قال ونَصُّ الشافِعِيِّ يدُلُّ لِما قاله القاضي) ففي آخرِه : وهذا في كُلِّ ما يختلِفُ جَديدُه وقَديمُه من سَمْنٍ أو حِنطَةٍ وغيرِهما ، قال في المتوسِّطِ : فبانَ أنَّ المذْهَبَ ما قاله القاضي أبو الطَّيِّب من أنَّه لا بُدَّ أنْ يتعَرَّضَ في السَّمنِ لِلعِتْقِ والحداثةِ ولا رَيْبَ أنَّ الحديثَ أشرَفُ وأنَّ القديمَ أنقَصُ وإنْ لَم يتغَيَّر .

(٢) (قوله : لأنَّ الحُموضَةَ عَيْبٌ فيه) إنَّما قال فيه لأنَّ الحُموضَةَ ليست بعَيْبٍ مُطْلَقًا بدَليلِ الخَلِّ .

(٣) (قوله : واللِّبَأِ المجَفَّفِ) وهو غيرُ المطْبوخِ فيوافِقُ ما قَدَّمَه وإنْ كان الأصحُّ صِحَّته في المطْبوخِ كالمجَفَّفِ .

(٤) (قوله : واغتنوا بذلك عن ذكرِ اللِّينِ والخُشونَةِ) مُقتضَى كلامِ الماورديِّ أنَّه يُشترَطُ التعَرُّضُ لِذكْرِ اللِّينِ والخُشونَةِ وصَرَّحَ به غيرُه .

القُطْنِ ولا فرقَ بينهما (١) ، وقد صرّحَ بذلك ابنُ كجٍّ ذَكرَه الزَّركشيُّ (ولا يُقبَلُ إلا مُنَقًّى من بعرٍ ونَحوِه) كشَوْكٍ (ويجوزُ شرطُ غَسله إلا إنْ عَيَّبَه) الغسلُ .

(وفي القُطْنِ وحَليجِه) بمعنى محلُوجِه (وغَزلِه) أيْ في كُلٍّ منها (يذْكُرُ) مع النَّوْعِ كما قاله الرُّويانيُّ وغيرُه (البَلَدَ واللوْنَ وكثرَةَ لحمِه وقِلَّته ونُعومَتـه وخُشونَته ودِقَّةَ الغزلِ وغِلَظَه) أيْ أحدَ كُلِّ مُتقابلَيْنِ في الثَّلاثَةِ الأخيرَةِ (وكوْنَـه عَتيقًا أو جَديدًا (٢) إن اختلَفَ به الغرَضُ) وكغَزلِ القُطْنِ / - فيما ذُكرَ - غَزلُ غيرِه كما صرّحَ به الأصلُ بعـدُ (ومُطْلَقُ القُطْنِ يُحمَلُ على ذي الحبِّ) فإذا أتاه به لَزِمَه قَبولُه ؛ لأنَّه كالنَّوى في التمرِ ، وعِبارَةُ الأصلِ : والمطلَقُ يُحمَلُ على الجافِّ وعلى ما فيه الحبُّ . ١٣٦/٢

(ويجـوزُ) السَّلمُ (في حَبِّـه) كما يجوزُ فيه وفي حَليجِه (لا في القُطْـنِ مع) عِبارَةِ الأصلِ في (جوْزِه) ولو بعدَ التشقُّقِ لاستِتارِ المقْصودِ بما لا مَصْلحَةَ فيه بخِلافِ الجوْزِ واللوْزِ (وفي الإبْرِيسَم) بفتحِ الهَمزَةِ وكسْرِها مع فتحِ الرَّاءِ فيهما وبكسْرِهما مَعًا وهو الحريرُ (يذكُرُ البَلَدَ والدِّقَّةَ والغِلَظَ واللـوْنَ) دون خُشونَتِه أو نُعومَتِه لأنَّه لا يكـونُ إلا ناعِمًا ، قال الماورديُّ والعِمرانيُّ : ويذْكُرُ الطُّولَ أو القِصَرَ (ولا يجوزُ في القَـزِّ بدودِه) أيْ وفيـه دودُه حَيًّا ولا مَيْتًـا لأنَّه يمنَعُ مَعرِفَةَ وزنِ القَـزِّ ، أمَّا بعـدَ خُروجِ دودِه فيجوزُ .

(فصْلٌ : ويذْكُرُ في الثِّياب (٣) جِنْسَ الغزلِ) كقُطْنٍ أو كتَّانٍ (ونَوْعَه وبَلَدَ النَّسجِ إن اختلَفَ به) الغرَضُ (والطُّولَ والعرضَ والدِّقَّةَ والغِلَظَ) وهما بالنِّسْبَةِ للغزلِ قال في المنهاجِ كأَصْلِه (٤) والإرشادِ وشرحِه : والصَّفاقَةُ والرِّقَّةُ (٥) وهما بالنِّسْبَةِ للنَّسـجِ قـال السُّبكيُّ : وقـد تُستعمَلُ الدِّقَّـةُ مَـوْضِعَ الرِّقَّـةِ وبـالعكْسِ (والنُّعومَـةَ

---

(١) (قوله : ولا فرقَ بينهما) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولـه : وكونَه عَتيقًا أو جَديدًا) قال الماورديُّ : وإنَّه لُقِطَ رَطْبًا فإنَّه أنعَـمُ أو يابسًا فإنَّه أقوى وطولَ شَعرِه وقِصَرَه ووقت لَقطِه من حَرٍّ أو بَردٍ حيثُ يختلِفُ ، قولُـه : لأنَّه يمنَعُ مَعرِفةَ وزنِ القزِّ وفارَقَ جَوازَ بَيْعِه وزنًا بأنَّه يعتمِدُ المُشاهَدَةَ والجهالَةُ معها تقِلُّ بخلافِ السَّلَمِ فإنَّه يعتمِدُ الوصفَ والغرَرُ معه يكثُرُ قال ﷺ : «ليس الخبَرُ كالمُعاينَةِ» فالمُدرَكانِ مُختلِفانِ .

(٣) (فصْلٌ ويذكُرُ في الثِّيابِ إلخ) .

(٤) (قوله : قال في المنهاجِ كأصلِه) والشرحُ الصَّغيرُ .

(٥) (قوله : والصَّفاقَة والرِّقَّة) قد نَصَّ عليهما الشافِعيُّ .

والخُشونَةَ (١)) والمرادُ ذِكرُ أحدِ كُلِّ مُتقابلَيْنِ في الثّلاثَةِ (ويجوزُ شرطُ القِصارَةِ) كالخامِ (ومُطْلَقُه يُحمَلُ على الخامِ) دون المقصورِ ، لأنَّ القَصْرَ صِفةٌ زائِدَةٌ قال الشيخُ أبو حامِدٍ (٢) : فإنْ أحضَرَ المقصورَ كان أولى ، وقَضيَّتُه يجِبُ (٣) قبولُه ، قال السُّبْكيُّ (٤) وغيرُه : إلا أنْ يختلِف الغرَضُ به فلا يجِبُ قَبولُه ولا يجوزُ أنْ يذكُرَ نَسجَ رَجُلٍ بعَيْنِه إلا أنْ يُضاف إليه إضافةَ تعريفٍ من غيرِ إرادَةِ نَسْجِه بنفسِه فيجوزُ ، قاله الماورديُّ (ويجوزُ فيما صُبِغَ) غَزْله (قبلَ النَّسجِ (٥)) كالبُرودِ (لا بعدَه) لأنَّ الصَّبْغَ بعدَه يسُدُّ الفُرَجَ فلا يظْهَرُ معه الصَّفاقَةُ خِلافُه قبله (و) يجوزُ السَّلمُ (في القميصِ والسَّراوِيلِ (٦)) ونَحوِهما الجديدَةِ أيْ في كُلٍّ منها ولو مَغسولا (إنْ ضَبطَه طولا وعَرضًا وسَعَةً وضيقًا) أيْ أحدَهما (ولا يجوزُ في مَلْبوسٍ) من ذلك مَغسولا أو غيرَه لأنَّه لا ينضَبطُ فأشبَهَ الجِبابَ والخِفافَ المطْبَقَةَ والقَلانِسَ والثِّيابَ المنقوشَةَ ، وبذلك عُلِمَ أنَّه لا مُخالَفةَ بين ما أطْلَقَ هنا من جوازِ السَّلمِ في القَميصِ والسَّراوِيلاتِ وما أطْلَقَ في الخُلْعِ من عَدَمِ جوازِه فيهما

(فصلٌ : وفي الغزلِ يجوزُ شرطُ صَبْغِه إنْ بَيَّنَهُ) أيِ الصَّبْغَ قال الماورديُّ : ويُبَيِّنُ لونَه وكونَه في الشّتاءِ أو الصَّيفِ ، قال : ولا يجوزُ السَّلمُ في الكتّانِ على خَشَبه

---

(١) (قوله : والنُّعومَةَ والخُشونَةَ واللَّونَ إنِ اختلَف به الغرَضُ) قال الأذْرَعيُّ : وهو مُتعَيِّنٌ في بعضِ الثِّياب كالحريرِ والقزِّ والوبَرِ وكذا القُطْنُ ببعضِ البلادِ منه أبيضُ ومنه أشقَرُ خلقَةً وهو غَزيرٌ وتختلِفُ الأغراضُ والقِيمُ بذلك ، وقد قال الشافِعيُّ في القُطْنِ : ويقولُ أبيضَ نَقِيًّا أو أسمَرَ ، وإطْلاقُ الأئِمَّةِ مَحمولٌ على ما لا يختلِفُ من الكَتَّانِ والقُطْنِ .

(٢) (قوله : قال الشيخُ أبو حامِدٍ) فإنْ أحضَرَ المقصورَ كان أولى ، وفي تعليقِ القاضي أبي الطَّيِّب والشامِلِ عن النصِّ : أنَّه إذا لَم يذكُر شيئًا أعطاه ما شاءَ لأنَّ الاسمَ يتناولُه والاختلافُ بينهما يسيرٌ ، قال الزَّركَشيُّ : والحقُّ أنَّه لا يلزَمُ قبولُ المقصورِ عندَ الإطْلاقِ وليس في نَصِّ الشافِعيِّ ما يقتضي ذلك .

(٣) (قوله : وقَضيَّتُه أنَّه يجِبُ قبولُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال السُّبكيُّ) وغيرُه إلا أنْ يختلِف الغرَضُ فلا يجِبُ قبولُه وهو واضِحٌ .

(٥) (قوله : ويجوزُ فيما صُبِغَ قبلَ النسجِ) إذا بَيَّنَ الصَّبغَ وكونَه في الشّتاءِ أو الصَّيفِ واللَّونَ وما يُصْبَغُ به وبَلَدَ الصَّبغِ كما قاله الماورديُّ لأنَّه يُنْسَجُ على صِفته كما يُنْسَجُ على لونِ الغزلِ .

(٦) (قوله : وفي القميصِ والسَّراوِيلِ إلخ) وهذا ما صَرَّحَ به الصَّيمَريُّ والماورديُّ ، ونُصَّ عليه في الأُمِّ ، لأنَّ الصِّفةَ تُحيطُ به وفي القباءِ يذكُرُ الطُّولَ والعرضَ والضِّيقَ والسَّعَةَ والدَّورَ والظِّهارَةَ والبطانَةَ والكُلُّ فيه مَذروعٌ .

ويجوزُ بعدَ الدقِّ [١] فيذكرُ بَلَدَه ولونَه وطوله أو قِصَرَه ونُعومَته أو خُشونَته ودِقَّته أو غِلَظَه وعِتقَه أو حداثَته إن اختلَف بذلك (وفي الخشَب) الذي (للحطَب [٢]) يذكرُ (النَّوعَ والغِلَظَ والدِّقَّةَ) أيْ أحدَهما (وأنَّه من الشجَرَةِ أو) من (أغصانها والوزنَ) ولا يجبُ التعَرُّضُ لِرُطوبَتِه وجَفافِه ، كما صرّحَ به الأصلُ لأنَّ رُطوبَته عَيبٌ (ويقبَلُه ولو مُعْوَجًّا ومُطلَقُه يُحمَلُ على الجافِّ فإنْ كان) الخشَبُ (للبناءِ والقِسيِّ) والسِّهامِ كما صرّحَ بها الأصلُ (والغِراسِ) أيْ لِواحِدٍ منها أو نحوِها كنَصْبِ السَّكاكينِ والأدوِيةِ (ذكرَ نَوعَه وعَدَدَه [٣]) وطولـه وغِلَظَه ودِقَّته لا وزنَه ، فإنْ ذكرَه جازَ) بخِلافِه في الثِّياب ؛ لأنَّه يُمكِنُ أنْ ينحِت منه ما يزيدُ [٤] على القدرِ المشروطِ مع أنَّ ذِكرَه مُستحَبٌّ ، وتسوِيتُه بين المذكُوراتِ في ذلك حَسَنَةٌ وإنْ كان الأصلُ حَذَف من الذي للبناءِ العدَدَ ، ومن الذي للقِسيِّ والسِّهامِ العدَدَ أيضًا والطُّولَ ، ومن الذي للغِراسِ الدِّقَّةَ ، ونَصَّ الشافعيُّ في الذي للقِسيِّ والسِّهامِ على أنَّه يتعَرَّضُ لكونِه سَهليًّا أو جَبَليًّا ويُعَيِّنُ أرضَه (لا في المخروطِ) كبابٍ مَنحوتٍ فلا يصِحُّ السَّلمُ فيه بقَيدٍ زادَه بقولِه : (إنْ لم ينضَبطْ) كأنْ اختلَف أعلاه وأسفلُه ، ١٣٧/٢ فإن انضَبَطَ صَحَّ كما في الوسيطِ وغيرِه ، قال في المطلَب : ولا نِزاعَ / فيه ، قال الماورديُّ : فيذكُرُ الجِنسَ والنَّوعَ واللونَ والطُّولَ والعرضَ والثِّخَنَ والصَّنعَةَ .

(فرعٌ : وفي الحديدِ والنُّحاسِ [٥] والرَّصاصِ [٦]) أيْ في كُلٍّ منها (يذكُرُ الجِنسَ) التصريحُ به من زيادَتِه (والنَّوعَ والخُشونَةَ) أو النُّعومَةَ (واللونَ واللِّينَ) أو اليُبْسَ (وذُكُورَةَ الحديدِ وأُنوثَته) أيْ إحداهما ، قال الرُّويانيُّ وغيرُه : والذَّكرُ الفولاذُ والأُنثَى اللِّينُ الذي يُتَّخَذُ منه الأواني ونَحوُها (والوزنُ) في الثلاثةِ ، وإن

---

(١) (قوله : ويجوزُ بعدَ الدَّقِّ) الشامِلِ لِنفضِه .

(٢) (قوله : وفي الخشَب الذي لِلحَطَب إلخ) وفي القصَب لِلإحراقِ والسُّقوفِ والأخصاصِ يذكُرُ النوعَ والوزنَ ولِلغِراسِ يذكُرُ العدَدَ والطُّولَ والدَّورَ .

(٣) (قوله : وعَدَدَه) وطوله وعَرضَه .

(٤) (قوله : لأنَّه يُمكِنُ أن ينحِت منه ما يزيدُ إلخ) اُستُشكِلَ بأنَّ النحت تزولُ به إحدَى هذه الصِّفات قال في الخادِمِ : وجَوابُه أنَّ الوزنَ على التقريب فلا تزولُ الصِّفاتُ .

(٥) (قوله : فرعٌ وفي الحديدِ والنُّحاسِ إلخ) وفي المسالِّ والإبَرِ والمساميرِ يذكُرُ نوعَها وجِنسَ الحديدِ ونوعَه ودِقَّتها وغِلَظَها ، ويجوزُ في الحُليِّ المُصَمَّت والمُجَوَّفِ دونَ المحشوّ بالرَّملِ بشرطِ أنْ يكونَ رَأسُ المالِ غيرَ النقدَيْنِ .

(٦) (قوله : والرَّصاصِ) بفتحِ الرَّاءِ .

اختلفت مَعادِنُها ذكرَها (وما لا يُوزَنُ بالقَبَّانِ لِكِبَرِه يُوزَنُ بالماءِ) أيْ بالعرضِ عليه بأنْ يُوضَعَ في سَفينَةٍ في الماءِ ويُعرف القدرُ الذي انتهى إليه غَوصُها ثُم يُخرَجَ منها ويُوضَعَ فيها ما يُوزَنُ كطَعامٍ أو رَملٍ حتى ينزِلَ منها في الماءِ بقدرِ ما نَزَلَ منها أولا ، ثُم يُوزَنُ ما وُضِعَ فيها ثانيًا فيُعرَفُ قدرُ المسَلَّمِ فيه ، وقد قَدَّمت الإشارَةَ إليه في باب الرِّبا ، وإنْ وُضِعَ فيها ثانيًا الصَّنجُ لم يحتجْ إلى وزنٍ .

(فرعٌ : قد يُغني ذِكرُ النَّوعِ) فيما مَرَّ (عن الجِنسِ والبَلَدِ) وتأخيرُ هذا إلى هنا أولى من ذِكرِ الأصلِ له في السَّلمِ في الثِّياب .

(فصلٌ : فيه مَسائِلُ) مَنثورَةٌ تتعلَّقُ بما مَرَّ (السَّلمُ في المنافعِ كتعليمِ القُرآنِ جائزٌ (١)) لأنَّها تثبُتُ في الذِّمَّةِ كالأعيانِ (ويجوزُ إسلامُ غيرِ النَّقدَينِ) أيِ الذَّهَب والفِضَّةِ ولو غيرَ مَضروبينِ (فيهما (٢)) كغيرِهما (لا) إسلامُ (أحدِهما في الآخَرِ ولو حالاً) وقبضا في المجلِسِ لِتضادِّ أحكامِ السَّلمِ والصَّرفِ ، لأنَّ السَّلمَ يقتضي (٣) استِحقاقَ قبضِ أحدِ العِوضَيْنِ في المجلِسِ دون الآخَرِ والصَّرفُ يقتضي استِحقاقَ قبضِهما ما فيه ، وتعبيرُه بالنَّقْدَيْنِ أعَمُّ في الجُملَةِ من تعبيرِ أصلِه بالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ مع أنَّ الحُكْمَ لا يختصُّ بهما بل المطعوماتُ كذلك ، وإذا قُلنا : لا يصِحُّ سَلمًا فهل ينعَقِدُ صَرفًا (٤) يُبْنَى على أنَّ العِبْرَةَ بصيغِ العُقودِ أو بمَعانيهما ثُم محَلُّ ذلك

---

(١) (قوله : السَّلَمُ في المنافِعِ كَتعليمِ القُرآنِ جائزٌ) قال في الخادِمِ : إنَّ صورَةَ المسألَةِ أن يقولَ أسلَمت إليك كذا في عبدٍ صِفتُه كذا ويحفظُ من القُرآنِ كذا فلو قال وأن تُعَلِّمَه من القُرآنِ كذا لَم يصِحَّ فيما يظهَرُ لأنَّ استيفاءَ المنافِعِ إنَّما تحصُلُ إذا وقَعَتْ في مِلكِ المُسَلِّمِ والعبدُ قبلَ قبضِه باقٍ على مِلكِ المُسَلَّمِ إليه فلَم يصِحَّ السَّلَمُ في هذه الحالَةِ ، وسَبَقَ في أوَّلِ البابِ أنَّه يجوزُ جَعلُ رَأسِ المالِ مَنفعَةً فعلى هذا يجتمِعانِ كأنْ يقولَ أسلَمت إليك تعليمَ عبدِك هذا سورَةَ كذا في تعليمِ عبدي هذا سورَةَ كذا ويشترِطُ تعليمَ عبدِ المُسَلَّمِ إليه في المجْلِسِ .

(٢) (قوله : ويجوزُ إسلامُ غيرِ النقدَيْنِ فيهما) قال في الخادِمِ : هل يختصُّ هذا بالخالِصِ أم يجْري في المغشوشِ ؟ لَم أرَ فيه نَقلا ، والظَّاهرُ بناؤُه في المغشوشِ على جَوازِ التعامُلِ به في الذِّمَّةِ فإنْ جَوَّزناه صحَّ وإلا فلا ، وكلامُ الصَّيمَرِيِّ الآتي في الزُّجاجِ المغشوشِ يقتضي المنعَ ، والوجه الصِّحَّةُ لكونِ الخليطِ ليس مَقصودًا وقد ذكرَ الرَّافِعِيُّ في بابِ الغضب عن المتَولِّي أنَّا إذا جَوَّزنا المُعامَلَةَ بها جعَلناها مِثليَّةً والمِثْليُّ يستلزِمُ صِحَّةَ السَّلَمِ فيه .

(٣) (قوله : لأنَّ السَّلَمَ يقتضي إلخ) فتضادَّتْ أحكامُهما .

(٤) (قوله : فهل ينعَقِدُ صَرفًا إلخ) الرَّاجِحُ عَدَمُ انعِقادِه صَرفًا بناءً على أنَّ العِبرَةَ هنا بصيغِ العُقودِ وإن نَوياه به لِما مَرَّ من التعليلِ فهو كما لو قال أبَحْتك إيَّاه بكذا ونَويا به البيعَ .

إذا لم ينويا بالسَّلمِ عَقدَ الصَّرفِ ، والأصَحُّ لأنَّ ما كان صَريحًا في بابه ولم يجِدْ نَفاذًا في مَوضوعِه يكونُ كِنايةً في غيرِه .

(ويجوزُ) السَّلمُ (في أنواع العِطرِ) العامَّةِ الوُجودِ كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ كمِسكٍ وعنبَرٍ وكافورٍ وعَوْدٍ (ويذكُرُ الوصفَ) من لونٍ ونَحوِه ، وهذا من زيادَتِه ، (والوزنَ والنَّوعَ) فيقولُ عنبرٌ أشهَبُ أو غيرُه قِطاعٌ أو فُتاتٌ .

(و) يجوزُ (في الزَّاجِّ) أيِ الخالِصِ لا المغشوشِ قاله الصَّيمَريُّ لأنَّه يمنَعُ من العِلمِ بمِقدارِ المقصودِ كاللبَنِ المشوب بالماءِ (والطِّينِ والجِصِّ) بكسرِ الجيمِ أفصَحُ من فتحِها أيِ الجِبْسَ (والنُّورَةِ (١)) أيِ الجيرَ ولو بعدَ طَبْخِهما ويذكُرُ ما يُمَيِّزُ ذلك من ذِكرِ أرضِه ولونِه ووزنِه (وأحجارِ) كُلٍّ من (الرَّحَى والبناءِ والأواني ويذكُرُ نَوعَها وطولَها وعَرضَها وغِلَظَها) قال المتولِّي وغيرُه ولونَها وكُلَّ ما يختلِفُ به الغرَضُ (ولا يشترِطُ) فيها (الوزنَ) اكتِفاءً بما ذُكِرَ .

(ولا يجوزُ) السَّلم (في الحِبابِ) بكسرِ المهمَلَةِ وبالموحَّدَتينِ جَمعُ حُبٍّ بضَمِّها وهي الخابيةُ (والكيزانِ والطِّساسِ) بكسرِ الطَّاءِ جَمعُ طَسٍّ بفتحِها ، ويُقالُ فيه طَسْتٌ بإبدالِ سينِه الأخيرَةِ تاءً (والقَماقِمِ والطَّناجيرِ) جَمعُ طِنجيرٍ بكسرِ الطَّاءِ وهو الدّستُ (والمنائِرِ) بالهمزِ وأصلُه مَناوِرُ جَمعُ مَنارَةٍ (والبِرامِ) بكسرِ الباءِ حِجارَةٌ تُعمَلُ منها القُدورُ ، فلا يجوزُ السَّلمُ في شيءٍ من المذكُوراتِ (المعمُولَةِ) لِنُدرَةِ اجتِماعِ الوزنِ مع الصِّفاتِ المشروطَةِ (فإنْ صُبَّ) شيءٌ من أصلِها المذاب (في قالِبٍ) بفتحِ اللامِ أفصَحُ من كسرِها (أو كان) أيْ وُجِدَ (سَطلٌ مُرَبَّعٌ جازَ) السَّلمُ فيه لأنَّ ذلك لا يختلِفُ ، قال السُّبكيُّ وغيرُه : ولا يختَصُّ ذلك بالمرَبَّعِ بل المدَوَّرُ كذلك كما اقتضاه كلامُ الشيخِ أبي حامِدٍ وغيرِه (٢) ، بل كُلُّ ما لا يختلِفُ من ذلك مَضروبًا أو مَنصوبًا كما صرَّحَ به الماورديُّ ، ويجوزُ السَّلمُ (في قِطَعِ الجُلُودِ وزنًا (٣)) / لانضِباطِها لأنَّ ١٣٨/٢

---

(١) (قوله : والجِصِّ والنُّورَةِ إلخ) وفي الرُّخامِ يذكُرُ اللَّونَ والنوعَ والصَّفاءَ وطولَه وعَرضَه ودَورَه إنْ كان مُدَوَّرًا والخُطوطَ فيه ، وفي حِجارَةِ الأبنيةِ يذكُرُ لونَها وطولَها وعَرضَها وغِلَظَها ودِقَّتَها وكونَها جَبَليَّةً أو مائيَّةً ولا يُشترَطُ ذكرُ وزنِها ، وفي حِجارَةِ الأبنيةِ يذكُرُ سَعَةَ ثُقبتِها وضيقَها أيضًا ، وفي الجِصِّ والنُّورَةِ يذكُرُ أصلَهما ولونَهما ووزنَهما ولا يجوزُ إجمالا .

(فرعٌ) وفي النفطِ يذكُرُ بَلَدَه ولونَه ونوعَه وهو مَكيلٌ .

(٢) (قوله : كما اقتضاه كلامُ الشيخِ أبي حامِدٍ وغيرِه) وقال الأذرَعيُّ : إنَّه الصَّوابُ .

(٣) (قوله : وفي قِطَعِ الجُلودِ وزنًا) إذا استوتْ جَوانِبُها ودُبِغَتْ وفي قُصاصَتِها لِلغِراءِ كما قاله ... =

جُمْلَتها مَقصودَةٌ وما فيها من التفاوُتِ يُجْعَلُ عَفْوًا **(لا في الجُلُودِ على هَيْئَتِها)** لِتفاوُتِها في الطُّولِ والعرضِ ، والعِبارَةُ لا تفي بذلك ، وهذا وما قبله من زيادَتِه على ما في أكثرِ النُّسَخِ وصرّحَ به الرَّافعيُّ **(ويُبَيِّنُ في الكاغَدِ)** وهو الورَقُ **(العدَدَ والنَّوْعَ والطُّولَ والعرضَ)** قال القاضي : واللونَ ، وقال الرُّويانيُّ - نَقْلا عن الشافعيّ - : والجوْدَةَ أو الرَّداءَةَ والدِّقَّة أو الغِلَظَ والصَّنعَةَ ، قال ولا بُدَّ مع ذلك من ذِكْرِ الزَّمانِ كصَيْفِيٍّ أو شَتَوِيٍّ انتهى . لكنْ سَيأتي أنَّه لا يُشتَرَطُ في المسَلَّمِ فيه ذِكْرُ الجودَةِ أو الرَّداءَةِ ، وذِكْرُ العرضِ من زيادَةِ المصنفِ **(ويجوزُ في الدّقيقِ)** ويذْكُرُ فيه ما مَرَّ في الحبِّ إلا مِقْدارَه ويذْكُرُ أيضًا أنَّه يُطحَنُ برَحَى الدّوابِّ أو الماءِ أو غيرِه وخُشونَةَ الطَّحنِ أو نُعومَته [(١)] ، قال ابنُ الصَّلاحِ في فتاويه : ويجوزُ في النُّخالَةِ إذا انضَبَطَتْ بالكيْلِ ولم يكْثُر تفاوُتُها فيه بالانكِباسِ وضِدِّه ويجوزُ في التِبْنِ [(٢)] ، قال الرُّويانيُّ : وفي جوازِهِ في السَّوِيقِ والنَّشاءِ وجهانِ المذْهَبُ الجوازُ كالدّقيقِ **(لا)** في **(العلسِ والأرزِ)** إذا كانا **(في القِشرِ)** الأعلى لاستِتارِهما بما لا مَصْلحَةَ [(٣)] فيه **(ولا في العقارِ)** لأنَّه إنْ عَيَّنَ مَكانه فالمعَيَّنُ لا يثبُتُ في الذِّمَّةِ وإلا فمَجهولٌ .

(فرعٌ) : قال السُّبْكِيُّ يجوزُ السَّلمُ في قَصَبِ السُّكَّرِ بالوزنِ ويُشترَطُ قَطْعُ أعلاه الذي لا حَلاوةَ فيه هَكذا قال الشافعيُّ : قال المزَنيّ : وأنا أقولُ وقَطْعُ [(٤)] مجامِعِ عُروقِه من أسفلِه واختلَفَ الأصحابُ في اشتِراطِ ما ذَكرَه المزَنيّ على وجهَيْنِ .

(فصلٌ : لا يُشترَطُ ذِكْرُ الجوْدَةِ والرَّداءَةِ) أيْ إحداهما فيما يُسَلَّمُ فيه ويُحمَلُ مُطلَقُه على الجيِّدِ للعُرفِ [(٥)] **(فإنْ شرطَ)** أو أطلَقَ **(حُمِلَ على أقلِّ درجَةٍ)** له

= الأذرَعيُّ وغيرُه . قولُه : والعِبارَةُ لا تفي بذلك فيتعذَّرُ ضَبطُها فإنَّ جِلدَ الوركِ ثخينٌ قَوِيٌّ وجِلدَ البطنِ ضعيفٌ رَقِيقٌ .

(١) (قوله : وخُشونَةَ الطَّحْنِ أو نُعومَته) وقُربَ زَمانِه أو بُعدَه .

(٢) (قوله : ويجوزُ في التِّبنِ) ويذكُرُ أنَّه تبنُ حِنطَةٍ أو شَعيرٍ والكيلَ أو الوزنَ .

(٣) (قوله : لاستتارِهما بما لا مَصْلَحةَ فيه) فلا يُعرَفُ لونُهما ولا صِغَرُ الحبّات وكِبَرُها ، وأمَّا في السُّفلى وهي القِشرَةُ الحمراءُ فلا شَكَّ في جَوازِه فيها .

(٤) (قوله : قال المزَنيّ وأنا أقولُ إلخ) ما ذكرَه المزَنيّ هو الأصحُّ ويطرَحُ ما عليه من القِشرِ .

(٥) (قوله : ويُحْمَلُ مُطلَقُه على الجيِّدِ لِلعُرفِ) وهو السَّالِمُ من العُيوب وكَتبَ أيضًا قال السُّبكيُّ : ما صحَّحاه صحيحٌ إنْ فُسِّرَت الجودَةُ بالسَّلامَةِ من العُيوب فإنْ فُسِّرَتْ بزيادَةٍ على ذلك لَم يصِحَّ بل لا بُدَّ من التعرُّضِ لها كما اقتضاه النصُّ .

(كالصِّفاتِ) فإنَّها تُحمَلُ على ذلك فلو أتى بما يقَعُ عليه اسمُ الوصفِ المشروطِ كفى ووجَبَ قَبولُه لأنَّ الرُّتبَ لا نِهايةَ لها وهو كمَن باعَ عبدًا بشرطِ أنَّه كاتِبٌ أو خبَّازٌ مَثلا (ولو شرَطَ رَدِيءَ النَّوعِ أو الأردأَ جازَ) لانضِباطِهما فإنْ بَيَّنَه وكان مُنضَبطًا كقَطْعِ اليدِ والعمَى [1] صَحَّ قاله السُّبكيُّ وغيرُه [2] (ولا) إنْ شرَطَ (الأجْوَدَ) لأنَّ أقصاه غيرُ مَعلُومٍ .

(فصْلٌ : مَعرِفةُ العاقِدَيْنِ الوصْفَ والمِكْيالَ [3] شرطٌ) فلو جَهلاهما أو أحدُهما لم يصِحَّ العقْدُ وكذا يُشترَطُ مَعرِفةُ غيرِهما لهما (فلو جَهلهما النَّاسُ فلا بُدَّ) لِصِحَّةِ العقْدِ (من مَعرِفةِ عَدلَيْنِ) ليرجِعَ إليهما عندَ التنازُعِ (بخِلافِ ما قَدَّمناه في الأجَلِ) من الاكْتِفاءِ بمَعرِفةِ العاقِدَيْنِ أو مَعرِفةِ عَدلَيْنِ في التأجيلِ بنَحوِ شُهورِ الرُّومِ لأنَّ الجهالَةَ فيه راجِعَةٌ إلى الأجَلِ ، وهنا إلى العُقودِ عليه ، فجازَ أنْ يُحتمَلَ ثَمَّ ما لا يُحتمَلُ هنا . قال الأذْرَعيُّ وغيرُه : وقَضيَّةُ الاكْتِفاءِ بعَدلَيْنِ ثَمَّ وبهما مع العاقِدَيْنِ هنا أنَّه لو عَرَف الوصْف بدونِهما ثَمَّ ومعهما هنا عَدلانِ فقط كفى وليس كذلك ، فقد قال أبو عَليٍّ السِّنجيُّ : قال الشافعيُّ : وأقَلُّ مَنْ يعرِفُ ذلك عَدلانِ من أهْلِ الصَّنعَةِ قال أصحابُنا لم يُرِدْ عَدلَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ لا يعرِفُه غيرُهما لأنَّه لو كان كذلك لم يجُزْ لاحتِمالِ أنْ يمُوتا أو أحدُهما أو يغيبا في وقتِ المحَلِّ فتتعَذَّرُ مَعرِفتُه ، لكن المرادُ أنْ يُوجَدَ أبدًا في الغالِب ممَّن يعرِفُ ذلك عَدلانِ أو أكثَرُ فحينَئِذٍ يجوزُ وكالمِكْيالِ فيما ذُكِرَ الميزانُ والذِّراعُ .

---

(١) (قوله : كقَطْعِ اليدِ والعمَى) في التمثيلِ بهذَيْنِ نَظَرٌ لأنَّ اشتراطَهما يُؤَدِّي إلى عِزَّةِ الوُجودِ إلا أنْ يُقال هذا لا يُؤَثِّرُ في مِثْلِ ذلك لِوُجوب قبولِ السَّليمِ وقولُه إلا أنْ يُقال إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : قاله السُّبكيُّ وغيرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : مَعرِفةِ العاقِدَيْنِ الوصفَ إلخ) قال الأذْرَعيُّ : وهو من النفائسِ فإنْ قُلت : ما مَعنَى قولِهم مَعرِفةَ الصِّفات هل هو أنْ يعرِفها عندَ المُعايَنةِ أو يعرِفها ولو بالوصْفِ قُلت : أمَّا العاقِدُ فكلامُهم يقتضي أنَّه تكفيه المعرِفةُ إجْمالا ولو بالسَّماعِ ولِهذا صَحَّ سَلَمُ الأعمَى ، واحتجَّ له العِراقيُّونَ بصِحَّةِ سَلَمِ البصيرِ فيما لَم يُشاهده وأنَّه لَم يقُل إنَّه لا يجوزُ لأهْلِ بَغدادَ السَّلَمَ في الموزِ لأنَّهم لَم يروه ولا لأهْلِ خُراسانَ في الرُّطَب لِعَدَمِ رُؤيتِهم له ، وأمَّا العدلانِ فالظَّاهِرُ أنَّه لا بُدَّ من مَعرِفتهما ذلك عن مُعايَنةٍ وإحاطَةٍ ليرجِعَ إليهما عندَ التنازُعِ ، وإلَيْه يُشيرُ النصُّ ولا شَكَّ فيه .

(فصلٌ : وإنْ أدَّى المسَلَّمُ إليه ما عليه) من المسَلَّمِ فيه (وجَبَ قَبولُه [١]) كسائرِ الحُقوقِ (ولو أجودَ [٢]) صِفةً من المشروطِ لأنَّ الامتِناعَ منه عِنادٌ ، ولا شِعارَ بذِلَّةٍ بأنَّه لم يجِدْ سَبيلا إلى بَراءَةِ ذِمَّتِه بغيرِه ، وذلك يُهَوِّنُ أمرَ المِنَّةِ ، ولأنَّ الجودَةَ لا يُمكِنُ فصلُها فهي تابعَةٌ بخِلافِ ما لو أسلمَ إليه في خَشَبَةٍ عَشرَةِ أذرُعٍ فجاءَ بها أحدَ عَشرَ ذِراعًا كما قاله الجُرجانيُّ ، قال الزَّركشيُّ [٣] : نَعَم إذا كان على المسَلَّمِ ضَرَرٌ في قَبولِه ، كأنْ أسلمَ إليه في عبدٍ أو أمَةٍ / فجاءَ بفرعِه أو أصلِه [٤] أو زَوجَتِه ١٣٩/٢
أو زَوجِها فلا يجِبُ قَبولُه ، وإنْ جاءَ بأخيه أو عَمِّه [٥] فوجهانِ : وجه المنعِ أنَّ من الحُكامِ [٦] مَنْ يحكمُ بعِتقِه عليه ذكرَه الماورديُّ [٧] انتهى . وفيه وقفةٌ (لا أردَأ) من المشروطِ فلا يجِبُ قبولُه وإنْ كان أجودَ من وجهٍ آخرَ لأنَّه ليس حَقَّه مع تضَرُّرِه به (بل يجوزُ) قَبولُه (إن اتَّحدَ النَّوعُ) لأنَّه مُسامَحَةٌ بصِفةٍ كما يجوزُ دَفعُ الأُجورِ لِذلك (لا إن اختلَفَ) النَّوعُ لأنَّه اعتياضٌ [٨] وهو مُمتنِعٌ في المسَلَّمِ فيه كما مَرَّ فلا يجوزُ قَبولُ جِنسٍ أو نَوعٍ بَدَلِ آخرَ كبُرٍّ بَدَلَ شَعيرٍ ، ومَعقِليٍّ بَدَلَ بَرنِيٍّ وبالعكسِ بخِلافِ الأجودِ أو الأردأ كما تقرَّرَ (والرُّطَبُ والتمرُ [٩] وما سُقي بماءِ السَّماءِ وماءِ الأرضِ

---

(١) (قوله : وجَبَ قبولُه) فإنْ وجَبَ قبولُه فإنْ أباه أُمِرَ بقبضٍ أو إبراءٍ ثم أخَذَه الحاكمُ عنه وكَتبَ أيضًا لو أسلَمَ في لَحمٍ فأتى به على صِفات السَّلَمِ ، فقال المسَلِّمُ هذا لَحمُ مَيتةٍ فلا يلزَمُني قبولُه ، وقال المسَلَّمُ إليه بل مُذكًّى فعليك قبولُه فالمُصَدَّقُ المُسلِّمُ قَطعَ به الزُّبَيرِيُّ في المُسكِت ، والعبَّاديُّ في أدَبِ القضاءِ ، والهَرَويُّ في الأشرافِ ، قال العبَّاديُّ : لأنَّ اللَّحمَ في حالِ حَياةِ الحيوانِ مُحَرَّمُ الأكلِ والأصلُ بَقاءُ تحريمِه حتى يتحقَّقَ الذَّكاةُ الشرعيَّةُ .

(٢) (قوله : ولو أجودَ) لِعُمومِ خَبَرِ «إنَّ خيارَكُم أحسَنُكُم قَضاءً» .

(٣) (قوله : قال الزَّركَشيُّ) كابنِ الرِّفعَةِ وغيرِه .

(٤) (قوله : فجاءَ بفرعِه أو أصلِه) أو بمَن أقرَّ بحُرِّيَّته أو شَهِدَ بها فردٌ أو لَم تكمُل البيِّنَةُ فإنْ قبَضَه جاهلا فهل يفسُدُ قبضُه ويصِحُّ ويُعتَقُ عليه وجهانِ : أصحُّهما ثانيهما .

(٥) (قوله : وإنْ جاءَه بأخيه أو عَمِّه) من النسَب .

(٦) (قوله : وجه المنعِ أنَّ من الحُكَّام إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : ذكرَه الماورديُّ) وهو واضِحٌ .

(٨) (قوله : لأنَّه اعتياضٌ) وهو مُمتنِعٌ في المُسَلَّمِ فيه ، روى الدَّارَقُطنيُّ «مَن أسلَفَ في شيءٍ فلا يأخُذْ إلا ما أسلَفَ فيه أو رَأسَ مالِه »والحيلَةُ في الاعتياضِ أن يفسَخَ السَّلَمَ ثم يعتاضَ عن الثمَنِ الذي في ذمَّةِ المسَلَّمِ إليه .

(٩) (قوله : والرُّطَبُ والتمرُ إلخ) صورَتُه على القائلِ بجَوازِ الاستبدالِ في النوعِ أنَّه أسلَمَ في الرُّطَبِ وزنًا وأعطاه بوزنِه تمرًا فيكونُ قد زادَه خَيْرًا أو أسلَمَ في التمرِ وزنًا وأعطاه بوزنِه رُطَبًا ، ... =

والعبدُ التُركيُّ) والعبدُ (الهنديُّ) التفاوُتُ بين كُلِّ مُتقابلَيْنِ منها (تفاوُتُ نَوْعٍ لا) تفاوُت (وصْفٍ) فلا يجِبُ عليه قَبولُ الآخَرِ ولا يجوزُ .

(فرعٌ : لا يقبضُ كيْلا ما أسلمَ فيه وزْنًا (١) ولا عَكْسُه) فإنْ خالَفَ لَزِمَه الضَّمانُ لِفسادِ القبضِ كما لو قَبَضَه جُزافًا ولا ينفُذُ التصرُّفُ فيه كما مَرَّ في البيعِ وكذا لو اكْتاله بغيرِ الكيْلِ الذي وقَعَ عليه العقْدُ كأنْ باعَ صاعًا فاكْتاله بالمدِّ على ما رَجَّحَه ابنُ الرِّفعَةِ من وجهَيْنِ : ذكَرَهما الماورديُّ (ولا يُزَلْزِلُ المِكْيالَ ولا يضَعُ الكفَّ على جوانِبه) بل يملَؤُه ويصُبُّ على رَأْسِه بقدرِ ما يحمِلُ (ويُسَلِّمُ الحِنطَةَ) ونَحوها (نَقيَّةً من الزُّؤَانِ) وغيرِه كالتِبْنِ والمدرِ والتُّراب والشعيرِ والقَصيلِ لأنَّ التسليمَ مع شيءٍ منها لا يقَعُ مَوْقِعَه .

(و) لكنْ (قليلُ التُراب ودُقاقُ التِبْنِ) وغيرُهما مِمَّا ذُكِرَ (يحتمَلُ في المكيلِ) لأنَّه لا يظْهَرُ فيه (لا الوزنُ) لِظُهورِه فيه ، ومع احتِمالِه في الكيْلِ إنْ كان لإخراجِ التُراب ونَحوِه مُؤْنَةٌ لم يلزَمه قَبولُه كما حَكاه في الرَّوْضَةِ وأقَرَّه (ويُسَلِّمُ التمرَ جافًّا) ولو في أولِ جَفافِه لأنَّه قبلَ جَفافِه لا يُسَمَّى تمرًا ، ولا يُجْزِئُ ما تناهَى جَفافُه حتَّى لم تبْقَ فيه نَداوةٌ لأنَّ ذلك نَقْصٌ ذكَرَه ابنُ الرِّفْعَةِ والسُّبْكيُّ وغيرُهما .

(و) يُسَلِّمُ (الرُّطَبَ غيرَ مُشَدَّخٍ) بضَمِّ الميمِ وفتحِ الشِّينِ المعجَمَةِ وتشديدِ الدّالِ المفتوحَةِ وبالخاءِ المعجَمَةِ وهو البُسْرُ يُعالَجُ بالغمِّ ونَحوِه حتّى يتشَدَّخَ أيْ يترَطَّبَ وهو المسَمَّى بالمعمُولِ في بلادِ مِصْرَ فلا يلزَمُه قَبولُه ولا قَبولُ بُسْرٍ ولا مُذَنِّبٍ بكسْرِ النُّونِ وهو بُسْرٌ بَدا الترطيبُ فيه من قِبَلِ ذَنَبه .

(فإنْ عَجَّلَ) المدينُ (مُؤَجَّلا (٢) فامتنَعَ) الدّائِنُ وفي نُسخَةٍ فامتنَعَ المسَلِّمُ (من قَبولِه لِغَرَضٍ كحَيوانٍ يُعلَفُ) أيْ يحتاجُ علفًا (أو عَرَضٍ يحتاجُ مَكانًا) لِحِفظِه (بمُؤْنَةٍ) كثيرَةٍ (أو ما يُطْلَبُ أكلُه طَرِيًّا) عندَ مَحَلِّه كثَمَرَةٍ ولحمٍ أو كان مِمَّا يتغَيَّرُ على

= وإلا فالرُّطَبُ موزونٌ والتمرُ مَكيلٌ وإعطاءُ المكيلِ عن الموزونِ أو بالعكسِ اعتياضٌ .

(١) (قوله : فرعٌ لا يقبضُ كيلا ما أسلَمَ فيه وزنًا إلخ) لو قبَضَ المُسَلَّمَ فيه ثم عَلِمَ عَيْبَه وقد تلِفَ فهل له الأرشُ من رَأسِ المالِ أو يغرَمُ التالِفَ ويُطالِبُ بالمُسَلَّمِ فيه فيه وجهانِ ، أصحُّهما ثانيهما بناءً على الأصحِّ أنَّ ما في الذِّمَّةِ إذا قبَضَه جاهلا بعَيْبه لا يملِكُه إلا بالرِّضا بعَيْبه .

(٢) (قوله : فإنْ عَجَّلَ مُؤَجَّلا إلخ) شَمِلَ ما لو عَجَّلَ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ الأصيلُ بعدَ موت ضامِنِه .

طولِ الزَّمانِ كحِنطَةٍ أو كان في زَمَنِ نَهبٍ (١) وإنْ وقَعَ العقدُ في زَمَنِه (لم يلزَمه) قَبولُه لِتضَرُّرِه (٢) (وإلا) أيْ وإن امتنَعَ لا لِغَرَضٍ (لزِمَه) قَبولُه كالمكاتب يُعَجِّلُ النُّجومَ ليُعتقَ ، يُجْبَرُ السَّيِّدُ على قَبولِها سواءٌ أكان للمُؤَدِّي غَرَضٌ غيرُ البَراءَةِ كفكِّ رَهْنٍ أو إبراءِ ضامِنٍ أو خَوفِ انقِطاعِه عندَ المحَلِّ أم لا ، لأنَّ الأجَلَ حَقُّ المدينِ وقد أسقَطَه ، قال الزَّركشيُّ : وقد ذَكرَ في باب المناهي أنَّ المدينَ إذا أسقَطَ الأجَلَ لا يسقُطُ حتّى لا يتمَكَّنَ المستحِقُّ من مُطالَبَتِه ، وكان الفرقُ أنَّ الإسقاطَ وسيلَةٌ إلى الطَّلَب المؤَدِّي للبَراءَةِ ، والدَّفعُ مُحَصِّلٌ لها نفسِها فكان أقوى مع أنَّ الأجَلَ لم يسقُطْ في الموْضِعَيْنِ ، وبما تقَرَّرَ عُلِمَ ما صرَّحَ به الأصلُ أنَّه إذا تقابَلَ غَرَضاهما يُراعَى جانِبُ المستحِقِّ فإنَّهم لم ينظُروا إلى غَرَضِ المؤَدِّي إلا عندَ عَدَمِ غَرَضِ المستحِقِّ .

(ويُجْبَرُ) الدّائنُ (على قَبولِ كُلِّ دَيْنٍ حالٍّ) إن كان غَرَضُ المدينِ غيرَ البَراءَةِ ، وعليه (أو) على (الإبْراءِ عنه) إن كان غَرَضُه البَراءَةَ قال السُّبكيُّ : هذا إنْ أحضَرَه مَنْ هو عليه فإنْ تبَرَّعَ به غيرُه فإنْ كان عن حَيٍّ لم يجِبْ القَبولُ للمِنَّةِ ، وإلا فإنْ كان المتبَرِّعُ الوارِثَ (٣) وجَبَ القَبولُ لأنَّه يُخَلِّصُ التركَةَ لِنفسِه أو غيرِه ، ففيه ترَدُّدُ جوابٍ للقاضي ، وما قَرَّرت به كلامَ المصنفِ هو ما في الأصلِ (٤) ، وما سَلَكه هو تبعَ فيه صاحِبَ الأنوارِ .

(فإنْ أصرَّ) على الامتِناعِ / فيما يُجْبَرُ على قَبولِه (قَبَضَ له الحاكِمُ (٥)) ٢/١٤٠

---

(١) (قوله : أو كان في زَمَنِ نَهبٍ إلخ) قال الزَّركَشيُّ : أو كان المُسَلِّمُ مُحرِمًا والمُسَلَّمُ فيه صيدًا فيما يظهَرُ ، وقولُه قال الزَّركَشيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : لَم يلزَمه قبولُه لِتضَرُّرِه) هذا إذا كان الأجَلُ مَشروطًا ابتداءً ، أمّا لو كان حالاً ابتداءً ثم أجَّله بنَذرٍ أو وصيَّةٍ فيجِبُ قبولُه لأنَّه لَم يدخُل إلا على ذلك والتأخيرُ قد يضُرُّه قاله الإسنَويُّ في الطِّرازِ .

(٣) (قوله : فإنْ كان المُتبَرِّعُ الوارِثَ إلخ) بخلافِ لو تبَرَّعَ به أجنَبيٌّ فإنَّه لا يلزَمُ صاحِبَ الدَّينِ قبولُه كما سَيأتي التصريحُ به في النفقات والقسامَةِ .

(٤) (قوله : هو ما في الأصلِ) وعليه يُفرَّقُ بأنَّ المُسَلَّمَ في مَسألَتنا استحَقَّ التسليمَ فيها لِوُجودِ زَمانِه ومَكانِه فامتناعُه منه مَحْضُ عِنادٍ فضَيَّقَ عليه بطلَب الإبراءِ بخلافِ المُؤَجَّلِ والحالِّ المُحْضَرِ في غيرِ مَكانِ التسليمِ .

(٥) (قوله : قبَضَ له الحاكِمُ) قال في الخادِمِ : ويُؤْخَذُ من هذا أنَّه لو وضعَه المُسَلَّمُ إليه بين يدَيْ المُسَلِّمِ بدونِ رِضاه لا يبرأُ فإنَّه لو بَرِيءَ لَكان القاضي في غُنْيَةٍ عن قبضِه له ، وقال القاضي الحُسَيْنُ : إنْ قُلنا يحْصُلُ به القبضُ في بَيعِ المُعَيَّنِ فكذلك هَهنا وإلا فوجهانِ ، ..... =

فعن أنَسٍ أنَّه كاتبَ عبدًا له على مالٍ فجاءَ العبدُ بالمالِ ولـم يقبله أنَسٌ فأتى العبدُ عُمَـرَ رضي الله عنـه فأخَـذَ المـالَ منـه ووضَعَـه في بيتِ المـالِ رواه البيهقيُّ ، قـال الزَّركشيُّ : ولو كان المسَلَّمُ غائبًا فقياسُ قَبْضِ الحاكِمِ [١] عنه عندَ امتِناعِه أنْ يقبضَ له في حالِ غيبَتِه **(فإنْ وجَدَه في غيرِ مَكـانِ التسليمِ)** والدّينُ حالٌّ **(طالَبَه)** به **(إنْ لم يكنْ لِحَملِه مُؤْنَةٌ)** أو كـان ورَضي بدونِهـا فيُجْبَرُ المدينُ عـلى الأداءِ لِعَدَمِ الضَّرَرِ **(وإلا فلا يُطالِبُه [٢] به)** لأنَّه لم يلتزِم تسليمَه ثَمَّ **(ولا بالقيمَـةِ)** للحَيلُولَةِ لامتِناعِ الاعتياضِ عن المسَلَّمِ فيه كما مَرَّ ، قال الزَّركشيُّ : لكنْ له الدّعوى عليه وإلزامُه بالسَّفرِ معه إلى مَكانِ التسليمِ أو بالتوْكيلِ ولا يُحبَسُ بل له الفسخُ واستِردادُ رَأْسِ المالِ كما لو انقَطعَ المسَلَّمُ فيه **(ويُخالِفُ الغاصِبَ والمتـلَف)** فيما إذا ظَفِرَ المالِكُ بهما في غيرِ مَحَلِّ الغصـب والإتـلافِ **(فإنَّهما يُطالِبانِ بهـا)** لا بالمِثلِ **(ولا يلـزَمُ)** الدّائِنَ في السَّلمِ وغيرِه **(قَبولُ مَا لَهُ)** أيْ لِحَمِلِه **(مُؤْنَةٌ [٣])** إذا أحضَرَه [٤] الدائِنُ في غيرِ مَكانِ التسليمِ لِتضَرُّرِه **(لا)** قَبولُ **(غيرِه بلا غَـرَضٍ)** فيلزَمُه لانتِفاءِ الضَّرَرِ بخِلافِ ما إذا كان له غَرَضٌ كخَوْفٍ هناك ، ولو قال : ولا يلزَمُه قَبولُه إنْ كان له غَرَضٌ كأنْ كان لِحَمِلِه مُؤْنَةٌ وإلا فيلزَمُه كان أوضَحَ .

= وقَضيَّةُ ذلك الحُصولُ فإنّه الأصَحُّ في بَيْعِ المُعَيَّنِ .

(١) (قوله : فقِياسُ قبضِ الحاكِمِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(تنبيهٌ) لو أحضَرَ البائِعُ المبيعَ المعَيَّنَ في غيرِ بَلَدِ البيعِ أو أحضَرَ الغاصِبُ المغصوبَ في غيرِ بَلَدِ الغصب لَزِمَ المُشتري قبضُه منه ، وكذا المالِكُ في الغصب إلا أنَّهما يفترِقانِ فيلزَمُ الغاصِبَ مُؤْنَةُ النقلِ بخلافِ البائِعِ ، ويجوزُ شرطُ الرَّهْنِ والكَفيلِ والإشهادِ في السَّلَمِ ولو لَم يفِ المُسَلَّمُ إليه خُيِّرَ المُسَلِّمُ ، ولو لَمْ يشرِطْ في العقدِ أو في المجْلِسِ لَـم يلزَمه لكنْ لو تبَرَّعَ المُسَلَّمُ إليه بالرَّهْنِ وسَلَّمَ أو تكَفَّلَ شَخصٌ تبَرُّعًا لَزِمَ .

(٢) (قوله : وإلا فلا يُطالِبُه) أي وإلا بأنْ كان لِحَمِلِه مُؤْنَةٌ ، قال في شرحِ إرشادِه : أو كانتْ قِيمَتُه حيثُ طولِبَ به أكثرَ ا هـ وهذا هو الأصَحُّ .

(٣) (قوله : ولا يلزَمُه قبولُ مَا لَهُ مُؤْنَة) لو بَذَلها المُسَلَّمُ إليه لَـم يجِب قبولُها لأنَّه كالاعتياضِ قال شيخُنا : يمتنِعُ وإنْ جَرَى في شرحِ المنهَجِ على ما يوهِمُ خلافه .

(٤) (قوله : إذا أحضَرَه الدَّائِنُ) قال شيخُنا هو بالنصب واقِعٌ على المُسَلِّمِ وفاعِلُ أحضَرَ هو المُسَلَّمُ إليه المعلومُ من المقامِ نحوُ ولا يشرَبُ الخمرَ حينَ يشرَبُها .

(فرعٌ) ولو اتَّفَقَ كونُ رَأْسِ المالِ على صِفةِ المُسَلَّمِ فيه وأحضَرَه ، فوجهانِ أصحُّهما يجِبُ قبولُه إذْ لا ضَرَرَ عليه فيه .

(بـابٌ) (القَـرضُ) هـو بفتحِ القافِ أشهَرُ من كسْرِها يُطلَـقُ اسمًا (١) بمعنى الإقراضِ : وهو تمليكُ الشيءِ على أنْ يُرَدَّ بَدَلُه ، وسُمِّي بذلك لأنَّ المقرِضَ يقطعُ للمُقترِضِ قِطعَةً من مالِه ويُسَمِّيه أهلُ الحِجازِ سَلَفًا (هو قُربَةٌ) (٢) لأنَّ فيه إعانَةً على كشفِ كُربَةٍ وفي صَحيحِ ابنِ حِبَّانَ (٣) عن ابنِ مَسْعودٍ «مَنْ أقرَضَ مُسلمًا دِرهَمًا مَرَّتَيْنِ كان له كأجْرِ صَدَقَتِه مَرَّةً» ، «واستقرَضَ النَّبيُّ ﷺ عامَ الفتحِ من جَماعَةٍ» نَعَم إنْ غَلَبَ على ظَنِّه (٤) أنَّ المقترِضَ يصرِفُه في مَعصيةٍ أو مَكروهٍ لم يكنْ قُربَةً كما سَيأْتي في الشهاداتِ مع بَيانِ أنَّه إنَّما يجوزُ الاقتِراضُ لِمَنْ عَلِمَ من نفسِه الوفاءَ ، وإلا لم يجُزْ إلا أنْ يُعْلِمَ المقرِضَ (٥) أنَّه عاجِزٌ عن الوفاءِ ، وأركانُه : عاقِدٌ ، ومَعقودٌ عليه ، وصيغَةٌ كالبيعِ ، ويُشترَطُ - كما في الأصلِ - كونُ المقرِضِ (٦) أهلًا لِلتَّبَرُّعِ (٧) لأنَّ القرضَ فيه شائِبَةُ التبرُّعِ ، ولو كان مُعاوضَةً مَحضَةً لَجازَ للوليِّ غيرِ القاضي قَرضُ مالِ مُولِّيه لِغيرِ ضَرورَةٍ ، ولا يُشترَطُ في قَرضِ الرِّبَوِيِّ التقابُضُ في المجلِسِ ولَجازَ في غيرِه

(بابُ القرضِ)

(١) (قوله : ومصدراً يُطْلَقُ اسماً) كما هنا على حذفِ الزَّوائدِ كَقولهِ تعالى : ﴿أنبَتَكُم من الأرضِ نَباتاً﴾ .

(٢) (قوله : القُربةُ) لقوله تعالى ﴿وافعَلوا الخيْرَ﴾ ولِخَبَرِ مُسلِمٍ : «مَنْ نَفَّسَ عن أخيه كُربةً من كُرَبِ الدُّنيا نَفَّسَ الله عنه كُربةً من كُرَبِ يومِ القِيامَةِ واللهُ في عَونِ العبدِ ما دامَ العبدُ في عَونِ أخيه» والقُربةُ ما كان مُعظَمُ المقصودِ منه رَجاءَ الثواب من الله تعالى كذا ضَبَطَه القفَّالُ .

(٣) (قوله : وفي صحيحِ ابنِ حِبَّانَ إلخ) وروى ابنُ ماجَهْ عن أنَسٍ رضي الله عنه «أنَّ النبيَّ ﷺ قال رَأيت مَكتوبًا على باب الجنَّةِ لَيلَةَ أُسري بي الصَّدَقَةُ بعَشَرَةِ أمثالِها والقرضُ بثَمانيةَ عَشَرَ فقُلت يا جِبريلُ ما بالُ القرضِ أفضَلُ من الصَّدَقَةِ قال لأنَّ السَّائِلَ قد يسألُ وعندَه والمُستقرِضُ لا يستقرِضُ إلا من حاجةٍ »تفرَّدَ به يزيدُ بنُ خالِدٍ الشاميُّ وهو ضعيفٌ عندَ الأكثرِينَ ، وقال ابنُ عُمَرَ الصَّدَقَةُ إنَّما يُكتَبُ لَك أجرُها حينَ تتصدَّقُ بها وهذا يُكتَبُ لَك أجرُها ما كان عندَ صاحِبه ، وفي البيهَقِيِّ من حَديثِ أنَسٍ رضي الله عنه مَرفوعًا «قَرضُ الشيءِ خَيْرٌ من صَدَقَته» .

(٤) (قوله : نَعَم إنْ غَلَبَ على ظَنِّه إلخ) بل يحْرُمُ في الأوَّلِ ويُكرَه في الثاني وقد يجِبُ كالمُضطَرِّ ، ولو أقرَضَ الماءَ لِعادِمِه وجَبَ قبولُه في الأصحِّ .

(٥) (قوله : إلا أنْ يعلمَ المقرِضُ إلخ) ولا يحِلُّ له أنْ يُظهِرَ الغِنَى ويُخفي الفاقَةَ عندَ القرضِ كما لا يجوزُ له إخفاءُ الغِنَى وإظهارُ الفاقَةِ عندَ أخذ الصَّدَقَةِ .

(٦) (قوله : ويُشترَطُ كما في الأصلِ كونُ المقرِضِ إلخ) ولا يُشترَطُ في المُقترِضِ إلا أهليَّةُ المعامَلَةِ .

(٧) (قوله : أهلًا لِلتَّبَرُّعِ) الناجِزِ بالمالِ .

شرطُ الأَجَلِ واللوازِمُ باطِلَةٌ .

(ويُشترَطُ) له (الإيجابُ) كالبيعِ (كأَقْرَضْتُك [١] وأسلفتُك وخُذه برَدِّ مِثلِه) الأخصَرُ بمِثلِه (ومَلَّكْتُكه ببَدَلِه) أو خُذه واصرِفْه في حَوائِجِك ، وتقَدَّمَ في البيعِ أنَّ خُذه بكذا [٢] ونَحوه كِنايةٌ فيه ، فيأتي مِثلُه هنا قاله السُّبْكِيُّ / وغيرُه ، ١٤١/٢
وأفادَ المصنفُ بقولِه : كأقْرَضتُك أنَّه لا حَصْرَ لِلصِّيغ فيما قاله بخِلافِ قولِ أصلِه : وهو أن يقولَ أقْرَضتُك إلى آخِرِه (فإنْ لم يذكُر البَدَلَ) بأن اقتصَرَ على مَلَّكْتُكه (فهو هبَةٌ) [٣] في الظَّاهرِ ، (والقولُ في ذِكْرِه) أي البَدَلِ فيما لو اختلَفا فيه (قولُ الآخِذِ) بيمينِه [٤] لأنَّ الأصلَ عَدَمُ ذِكْرِه والصِّيغَةُ ظاهرَةٌ فيما ادَّعاه [٥] ، وبهذا فارَقَ ما لو اختلَفا في كونِ العقْدِ بيعًا أو هبَةً حَيثُ يحلِفُ كُلٌّ على نفيِ دَعوى الآخَرِ ، وحَكى في الرَّوْضَةِ وجهًا أنَّ القولَ قولُ الدّافعِ قال : وهو مُتَّجِهٌ أيْ لِموافقَتِه قوله في الأطْعِمَةِ لو قال أطعَمتُك بعِوضٍ فقال المضطَرُّ بلا عِوضٍ ، صُدِّقَ المطعِمُ في الأصَحِّ [٦] لأنَّه أعرَفُ بكيفيَّةِ بَذْلِه ، وهذا الوجه صححه صاحِبُ الأنوارِ (وكذا

---

(١) (قوله : ويُشترَطُ الإيجابُ كأقرَضتُك) قال أقرِضني عَشَرَةً فقال خُذها من فُلانٍ فهو توكيلٌ بقبضِ الدَّينِ ، ولا بُدَّ من تجديدِ قَرضِها فلو كان في يدِ فُلانٍ وديعَةٌ أو غيرُها صَحَّ القرضُ .

(٢) (قوله : وتقَدَّمَ في البيعِ أن خُذه بكذا إلخ) أمَّا خُذه بمِثلِه فصَريحَةٌ هنا إذ التصريحُ بالمِثلِ يصْرِفُه إلى القرضِ وليست كِنايةً في البيعِ ، لأنَّ ما كان صَريحًا في بابه ووجَدَ نَفاذًا في موضوعِه لا يكونُ كِنايةً في غيرِه ، وقال الغزِّيُّ : وظَهَرَ لي أنَّ هذا اللَّفظَ صَريحٌ في المُتقَوِّمِ فإنَّه يتعَيَّنُ صَرفُه لِلقَرضِ لِبُطلانِ البيعِ لو حُمِلَ عليه لِجَهالَةِ الثمَنِ أمَّا المِثليُّ فيحتمِلُ القرضَ والبيعَ.

(٣) (قوله : فإنْ لَم يذكُر البدَلَ فهو هبةٌ) كما لو قال : خُذ الحِنطَةَ وازرَعها لِنفسِك أو هذا الدِّينارَ واشترِ به قَميصًا لِنفسِك .

(٤) (قوله : والقولُ في ذِكرِهِ قولُ الآخذ بيمينِه) يوافِقُ ما في آخرِ الصَّداقِ أنَّه لو بَعَثَ شيئًا إلى بَيْت مَن لا دَيْنَ له عليه ثم قال بَعَثْته بعِوضٍ فأنكرَ المبعوثُ إليه فالقولُ قولُ المبعوثِ إليه ، وما في آخرِ الهبةِ من زيادَةِ الرَّوضَةِ فيما إذا قال : وهَبتُك ببَدَلٍ فقال بلا بَدَلٍ أنَّ المُصَدَّقَ المُتَّهِبُ ، ويُفارِقُ ما إذا قال مالِكُ الدَّابَّةِ أجَرتُكها ، وقال الآخَرُ : أعَرتنيها حيثُ صُدِّقَ المالِكُ باتِّفاقِهما فيها على عَدَمِ انتقالِ مِلكِ العينِ لِلآخذ ، وقد انتفعَ بها ويدَّعي عَدَمَ العِوضِ ، والأصلُ عَدَمُ سُقوطِه فإنَّ الانتفاعَ بمِلكِ الغيرِ يقتضي العِوضَ .

(٥) (قوله : والصِّيغَةُ ظاهرَةٌ فيما ادَّعاه) أي المُتَّفَقُ عليها .

(٦) (قوله : صُدِّقَ المُطعِمُ في الأصحِّ) إنَّما صُدِّقَ المُطعِمُ حِفظًا لِنفسِ المُضطَرِّ إذ لو صَدَّقناه عندَ الاختلافِ لامتنَعَ مالِكُ الطَّعامِ من بَذْلِه إلا بعدَ الإشهادِ عليه وقد يُؤَدِّي ذلك إلى فواتِ نفسِه .

يُشترَطُ القَبولُ) (١) لِما ذُكِرَ نَعَم القَرضُ الحُكْميُّ كالإنفاقِ على اللقيطِ المحتاجِ وإطعامِ الجائعِ وكِسْوةِ العاري لا يفتقِرُ إلى إيجابٍ وقَبولٍ ، وظاهرٌ أنَّ الالتِماسَ من المقرِضِ كاقْترَضْ مِنِّي يقومُ مُقامَ الإيجاب ومن المقترِضِ كأقْرِضْني يقومُ مُقامَ القَبولِ كما في البيعِ .

(وإنَّما يجوزُ القَرضُ فيما يجوزُ السَّلَمُ فيه) لِصِحَّةِ ثُبوتِه في الذِّمَّةِ بِخِلافِ ما لا يجوزُ السَّلَمُ فيه لأنَّ ما لا ينضَبطُ أو ينذُرُ وُجودُه يتعَذَّرُ أو يتعَسَّرُ رَدُّ مِثلِه ، وقَضيَّةُ كلامِه صِحَّةُ إقراضِ الدّراهمِ والدّنانيرِ (٢) المغشوشَةِ لِصِحَّةِ السَّلمِ فيها بناءً على جوازِ المعامَلَةِ بها في الذِّمَّةِ ، ولأنَّها مِثليَّةٌ ، لكن ذَكرَ الرُّويانيُّ في البَحرِ أنَّه لا يجوزُ إقراضُها ، وخالَفه الأذرَعيُّ فاختارَ الجوازَ قال بخِلافِ بيعِ بعضِها ببعضٍ لأنَّ الإقراضَ جُوِّزَ على خِلافِ القياسِ للإرفاقِ ، ويجوزُ رَدُّ الزَّائِدِ وأخذُ النَّاقِصِ بلا شرطٍ فلا يُضايقُ فيه كالرِّبا ، ووافقَه الزَّركشيُّ على اختيارِ الجوازِ ، وقَيَّدَه السُّبكيُّ وغيرُه (٣) بما إذا عَرَف قدرَ غِشِّها وإلا فلا يجوزُ إقراضُها للجَهْلِ بها . (واستثنَى) من عَدَمِ جوازِ قَرضِ ما لا يجوزُ السَّلَمُ فيه (جوازَ قَرضِ الخُبزِ وزنًا) لإجماعِ أهلِ الأمصارِ على فعلِه في الأعصارِ بلا إنكارٍ ، وهذا ما قَطَعَ به المتولِّي والمستظهَري وغيرُهما واقتضَى كلامُ النَّوويِّ ترجيحَه (٤) قال في المهمَّاتِ : والرَّاجِحُ جوازُه فقد اختارَه في الشرحِ الصَّغيرِ ، قال الخوارزميُّ : ويجوزُ إقراضُه عَدَدًا ، وما نَقَله ابنُ الرِّفعَةِ عن الأصحاب واقتضاه كلامُ الشيخينِ في الشُّفعَةِ من جوازِ إقراضِ جُزءٍ من دارٍ فبَنَى كما قال الزَّركشيُّ (٥) على ضَعيفٍ ، وهو أنَّ الواجِبَ رَدُّ القيمَةِ ، وبه صرَّحَ المتولِّي أو مَحمُولٌ (٦) كما قال السُّبكيُّ (٧) على ما إذا لم يزِدْ الجُزءُ على النِّصفِ

---

(١) (قوله : وكذا يُشترَطُ القبولُ مُتَّصِلا بالإيجاب) موافِقًا له في المعنَى كالبيعِ فلو قال أقرَضتُك ألفًا فقبِلَ خَمسَمِائَةٍ أو بالعكسِ لَم يصِحَّ وفيه نَظَرٌ ، والفرقُ بينه وبين البيعِ أنَّ المُقرِضَ مُتبرِّعٌ فلا يضُرُّه قبولُ بعضِ المُسَمَّى أو الزَّائِدِ عليه .

(٢) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِه صِحَّةُ اقتراضِ الدَّراهمِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وقَيَّدَه السُّبكيُّ وغيرُه إلخ) قال شيخُنا ضعيفٌ .

(٤) (قوله : واقتضَى كلامُ النوويِّ ترجيحَه) وجَزَمَ به صاحِبُ الأنوارِ وفي الذَّخائِرِ أنَّه الظَّاهرُ عندَ الخُراسانيِّينَ .

(٥) (قوله : كما قال الزَّركَشيُّ) وغيرُه .

(٦) (قوله : أو مَحمولٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : كما قال السُّبكيُّ) وغيرُه .

فإنَّ له حينَئِذٍ مِثلا فيجوزُ إقراضُه كغيرِه ، وصرّحَ الماورديُّ (١) بأنّه لا يجوزُ إقراضُ العقارِ كما لا يجوزُ السَّلمُ فيه .

(ويحرُمُ إقراضُ الرُّوبَةِ) لاختِلافِها بالحُمُوضَةِ وهي بضَمِّ الرَّاءِ خَميرَةٌ من اللبَنِ الحامِضِ تُلْقَى على الحليب ليروبَ ، قال في الرَّوْضَةِ : وذكرَ في التتِمَّةِ وجهَيْنِ في إقراضِ الخميرِ الحامِضِ : أحدُهما الجوازُ (٢) لاطِّرادِ العادَةِ به ، (٣) قال السُّبكيُّ : والعِبْرَةُ (٤) بالوزنِ كالخُبزِ (و) يحرُمُ إقراضُ (جاريةٍ) لِمَن (تحِلُّ له) (٥) ولو غيرَ مُشتهاةٍ ، وإنْ جازَ السَّلمُ فيها ، لأنَّه عَقدٌ جائزٌ يثبُتُ فيه الرَّدُّ والاستِردادُ ، ورُبَّما يطَؤُها المقترِضُ ثُم يرُدُّها فيُشبه إعارَةَ الجواري للوطْءِ ، وليس هذا كالأب يهَبُ ولَدَه جاريةً يحِلُّ له وطؤُها مع جوازِ استِرجاعِ الأب لها ، لأنَّ العقدَ لازمٌ ثَمَّ من قِبَلِ المتملِّكِ بخِلافِه هنا ، ولأنَّ عَقدَ القَرضِ مَدلُولُه إعطاءُ شيءٍ والرُّجوعُ فيه أو في بَدَلِه فكان كالإعارَةِ بخِلافِ الهبَةِ ، أمَّا مَنْ لا يحِلُّ له وطؤُها لمحَرَميَّةٍ أو تمَجُّسٍ أو نَحوِه(٦)
١٤٢/٢ فيجوزَ إقراضُها له : وقَضيَّةُ / كلامِهم أنَّ الأمَةَ التي لا تحِلُّ له في الحالِ كأختِ الزَّوْجَةِ وعَمَّتِها كذلك قال الإسنَويُّ ، وفيه نَظَرٌ والمتَّجِه المنعُ (٧) ، وكلامُ بعضِهم يُشعِرُ به ، ويُفرَّقُ بأنَّه يقدِرُ على حِلِّ أُختِ زَوْجَتِه بأنْ يُطَلِّقَ زَوْجَته بخِلافِ حِلِّ المجوسيَّةِ ونَحوِها وقَضيَّةُ كلامِهم أيضًا (٨) امتِناعُ إقراضِ الخُنثَى لامتِناعِ السَّلمِ فيه ،

---

(١) (قوله : وصَرَّحَ الماورديُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : أحدُهما الجوازُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لاطِّرادِ العادَةِ به) قال في الخادِمِ : وهو قِياسُ ما ذكرَه الرَّافِعِيُّ في باب السَّلَمِ من جَوازِه في المخيضِ الصَّافي من الماءِ ووصفُه بالحُموضَةِ لا يضُرُّ لأنَّ الحُموضَةَ مَقصودَةٌ فيه ولا شَكَّ أنَّ الخميرَ كذلك .

(٤) (قوله : قال السُّبكيُّ والعِبرَةُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وجاريةٌ تحِلُّ له) يدخُلُ فيه المُشتهاةُ ولو رَتقاءَ أو قَرناءَ أو مُتحَيِّرَةً أيِسَ من بُرئِها وغيرُها إمَّا لكونِها صَغيرَةً أو كَبيرَةً أو شَوهاءَ ، وقولُهم : لِمَن تحِلُّ له يدخُلُ فيه أيضًا مَسائِلُ لَم يُصَرِّحوا بها لكنَّ إطلاقَهم وتعليلَهم يقتضِيها وهو أنَّه لا فرقَ في المُقترَضِ بين أن يتأتَّى منه الوطءُ وهو واضِحٌ أو المُقَدَّمات فقَط كالممسوحِ والعِنِّينِ والشيخِ الهَرِمِ أو لا يتأتَّى منه واحدٌ منهما كالصَّبيِّ ح .

(٦) (قوله : أو تمَجُّسٍ أو نحوِه) كَتطليقٍ ثَلاثًا ، قولُه : قال الإسنَويُّ أي وغيرُه .

(٧) (قوله : والمتَّجِه المنعُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِهم أيضًا امتناعُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

وهو ظاهرٌ ، وما قيلَ من جوازِ إقراضِه لأنَّ المانِعَ وهو كونُه جاريةً لم يتحقَّقْ قال الزَّركشيُّ : خَطأٌ ، قال النَّوويُّ في شرحِ مُسلمٍ : ويجوزُ إقراضُ الأمَةِ للخُنثَى [١] قال السُّبكيُّ : وفيه نَظَرٌ لأنَّه قد يصيرُ واضِحًا فيطَؤُها ، ويرُدُّها ، وقال الأذرَعيُّ : الأشبَه المنعُ ، وقَضيَّةُ كلامِهم أنَّه يمتنِعُ [٢] على الملتَقِطِ تَملُّكُ الجاريةِ الملتقطَةِ إن كانت تحِلُّ له ، وبه صرّحَ الجُرجانيُّ ثُم قال الأذرَعيُّ وقد يُفرَّقُ [٣] بأنَّ ظُهورَ المالِكِ ثَمَّ بعيدٌ .

(و) يحرُمُ إقراضُ (ماءِ القَناةِ للجَهْلِ به) قال في الرَّوضَةِ : ولا يجوزُ إقراضُ المنافعِ لأنَّه لا يجوزُ السَّلمُ فيها ، ويُؤخَذُ من تعليلِه أنَّ محَلَّه في مَنافعِ [٤] العينِ المعَيَّنَةِ أمَّا التي في الذِّمَّةِ فيجوزُ إقراضُها لجوازِ السَّلمِ فيها كما سَيأتي في الإجارَةِ .

(فرعٌ : يُشترَطُ) لِصِحَّةِ الإقراضِ (العِلْمُ بالقدرِ والصِّفةِ) ليتأتَّى أداؤُه فلو أقرَضَه كفًّا من الدّراهِمِ [٥] لم يصِحَّ ، ولو أقرَضَه على أن يُستبانَ مِقدارُه ، ويُرَدُّ مِثلُه صَحَّ ذَكرَه في الأنوارِ وذكرَ الصِّفةَ من زيادَةِ المصنفِ (ويجوزُ اقتِراضُ المكيلِ وزنًا ،

---

(١) (قوله : ويجوزُ إقراضُ الأمَةِ للخُنثَى) قال الزَّركَشيُّ : وهو واضِحٌ لأنَّه يجوزُ له السَّلَمُ فيها فجازَ قَرضُها له وكَتبَ أيضًا لو بانَتْ ذُكورَةُ الخُنثَى المُقترِضِ لِلجاريةِ أو أُنوثةُ الخُنثَى المُقترِضِ لِلرَّجُلِ فالقِياسُ بُطلانُ العقدِ إن تبيَّنَ بغيرِ إخبارِه وإلا استمرَّ في الصُّورَةِ الثانيةِ وكذا في الأولى إن تعَلَّقَ به حَقٌّ ثالِثٌ أو إن كان مُتَّهَمًا في إخبارِه قاله الإسنويُّ ، ولو نَذَرَ إعتاقَ أمَةٍ في وقتٍ مُعَيَّنٍ وحَضَرَ وألزَمَه الحاكِمُ بالإعتاقِ حينَئِذٍ فاقترَضَها وأعتقَها فالأقربُ الصِّحَّةُ .

(٢) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِهم أنَّه يمتنِعُ على المُلتَقِطِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ثم قال الأذرَعيُّ وقد يُفرَّقُ إلخ) يحتمِلُ أنَّ المجوسيَّةَ والوثَنيَّةَ مَثلا كَغيرِهما وإن حرُمَتا عليه مع بَقائِهما على مِلَّتِهما ، ويحتمِلُ غيرُه ثم رَأيت الرَّافِعيَّ ذكرَ في اللُّقَطَةِ أنَّ مَن لا تحِلُّ له كالمجوسيَّةِ كالعبدِ فيتمَلَّكُها وإن كانت مِمَّن تحِلُّ له فعلى قولَيْنِ كالاقتراضِ ، فاقتضَى كلامُه جَوازَ اقتراضِه المجوسيَّةَ ونحوِها نظَرًا إلى الحالِ ، وفيه نَظَرٌ وقد يُفرَّقُ بين البابَيْنِ بأنَّ ظُهورَ المالِكِ هنا بَعيدٌ ، وكلامُ الجُرجانيِّ هنا مُصَرِّحٌ بالتسويةِ بين البابَيْنِ ، قولُه : ويجوزُ إقراضُ بعضِ الجاريةِ إذا كان باقِيها لِغيرِ المقترِضِ كإقراضِ شِقصِ الدَّارِ ، وقولُه : فاقتضَى كلامُه جَوازَ اقتراضِه المجوسيَّةَ إلخ ، قال شيخُنا : لو أسلَمَتْ نحوُ المجوسيَّةِ لَم يبطُل العقدُ ويمتنِعُ الوطءُ .

(٤) (قوله : ويُؤخَذُ من تعليلِه أنَّ محَلَّه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه كذا في المُهِمَّاتِ ، والأقرَبُ ما جَمع به السُّبكيُّ والبُلقِينيُّ وغيرُهما من حَملِ المنعِ على مَنفعَةِ العقارِ كما يمتنِعُ السَّلَمُ فيها ، ولأنَّه لا يُمكِنُ رَدُّ مِثلِها والجوازُ على مَنفعَةِ غيرِه من عبدٍ ونحوِه كما يجوزُ السَّلَمُ فيها ولإمكانِ رَدِّ مِثلِها الصُّوريِّ س .

(٥) (قوله : فلو أقرَضَه كَفًّا من الدَّراهِمِ إلخ) أو بُرًّا مُختلِطًا بشَعيرٍ .

وعَكْسُه) إنْ لم يتجاف في المِكْيالِ كالسَّلَمِ .

(فصْلٌ) (ويبطُلُ قَرضٌ) بشرطِ (جَرِّ مَنفعَةٍ) أيْ يجُرُّها إلى المقرِضِ (كشرطِ رَدِّ الصَّحيح عن المكسَّرِ أو رَدِّه ببَلَدٍ آخَرَ أو بعدَ شَهْرٍ فيه خَوفٌ) من نَهبٍ أو نَحوِه (وهو) أيِ المقترِضُ (مَليءٌ) لِقولِ فضالَةَ بنِ عُبيدٍ [١] رضي الله عنه كُلُّ قَرضٍ جَرَّ مَنفعَةً [٢] فهو رِبًا ، والمعنَى فيه أنَّ مَوضوعَ القَرضِ الإرفاقُ فإذا شرَطَ فيه لِنفسِه حَقًّا خرج عن مَوضوعِه فمَنَعَ صِحَّته ، وما روِي من «أنَّه ﷺ أمَرَ عبدَ الله بنَ عَمرِو بنِ العاصِ أنْ يأخُذَ بعيرًا ببعيرينِ إلى أجَلٍ» [٣] فمَحمُولٌ على البيعِ أو السَّلمِ إذْ لا أجَلَ في القَرضِ كالصَّرفِ بجامعِ أنَّه يمتنِعُ فيهما التفاضُلُ [٤] ، وقد رواه أبو داوُد وغيرُه بلفظِ «أمَرَني رَسولُ الله ﷺ أنْ أشتري بعيرًا ببعيرينِ إلى أجَلٍ» [٥] (وكذا شرطُ) رَدِّ (زيادَةٍ [٦]) في القدرِ أو الصِّفةِ (ولو في غيرِ الرِّبَوِيِّ فإنْ فعله) أيِ الرَّدَّ لِشيءٍ من ذلك (بلا شرطٍ [٧]) في العقْدِ (استُحِبَّ) ، ولو في الرِّبَوِيِّ (ولم يُكرَهْ أخذُه) لِخبَرِ مُسلمٍ «أنَّه ﷺ استقرَضَ بَكْرًا وردَّ رَباعيًا ، وقال : «إنَّ خيارَكُم أحسَنُكُم قَضاءً» [٨] وروِي «وردَّ بازِلًا» ، وروِي «وأَمَرَ بردِّ بَكْرٍ» ، وهو الفتى من الإبلِ ، والرَّباعِيُ منها بفتحِ الرَّاءِ وتخفيفِ الياءِ ما دَخَلَ في السَّنَةِ السَّابعَةِ ، والبازِلُ بالموحَّدَةِ والزَّاي ما له ثَمانِ سِنينَ ، هذا إن اقْترَضَ لِنفسِه فإنِ اقْترَضَ لِمحجورِه أو لِجِهَةِ وقفٍ فليس له رَدُّ زائِدٍ . (وفي كراهَةِ القَرضِ) بمعنى الإقراضِ (مِمَّنْ تعَوَّدَ رَدَّ الزِّيادَةِ وجهانِ ، إنْ قَصَدَ ذلك) أيْ إقراضَه لأجْلِها .

---

(١) (قوله : لِقولِ فضالَةَ بنِ عُبَيْدِ الله إلخ) وروِي مَرفوعًا بسَنَدٍ ضعيفٍ لكنْ صحَّحَ الإمامُ والغزاليُّ رَفعَه ، وروى البيهقِيُّ مَعناه عن جمعٍ من الصَّحابةِ .

(٢) (قوله : كُلُّ قَرضٍ جَرَّ مَنفعَةً إلخ) أيْ شَرَطَ فيه ما يجُرُّ إلى المُقرِضِ مَنفعَةً .

(٣) سبق تخريجه ، وإسناده قوي كما قال الحافظ ابن حجر في الفتح .

(٤) (قوله : بجامعِ أنَّه يمتنِعُ فيهما التفاضُلُ) لأنَّ الأجَلَ يقتضي جُزْءًا من العِوضِ .

(٥) لم يروه أبو داود في سننه .

(٦) (قوله : وكذا شرطُ زيادَةٍ إلخ) في مَعناه القرضُ لِمَنْ يستأجِرُ مِلكَه بأكثرَ من أُجرَةِ مِثلِه لأجلِ القرضِ فإنْ وقَعَ ذلك شرطًا لحَرامٌ إجماعًا وإلا فيُكرَه عندَنا .

(٧) (قوله : فإنْ فعله بلا شرطٍ إلخ) ولا يجوزُ رُجوعُه في الزَّائِدِ لأنَّه هبةٌ مَقبوضَةٌ ولا يحتاجُ فيه إلى إيجابٍ وقبولٍ .

(٨) رواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه ..... ، حديث (١٦٠٠) .

وقياسُ كراهةِ نِكاحِ [1] مَن عَزَمَ على أنّه يُطَلِّقُ إذا وطِئَ بغيرِ شرطٍ كراهةُ هذا (وإنْ شرَطَ أجَلا لا يجُرُّ منفعَةً) للمُقرِضِ بأنْ لم يكن له فيه غَرَضٌ (أو أنْ يرُدَّ الأردَأَ) أو المكسَّرَ (أو) أنْ (يُقرِضَه قرضًا آخرَ لغا الشرطُ وحدَه) أيْ دون العقدِ لأنَّ ما جَرَّه من المنفعَةِ ليس للمُقرِضِ بل للمُقترِضِ ، والعقدُ عَقدُ إرفاقٍ فكأنَّه زادَ في الإرفاقِ ، ووعَدَه وعدًا حَسَنًا ، واستشكلَ ذلك بأنَّ مِثله يُفسِدُ الرَّهنَ كما سَيأتي ، ويُجابُ بقوَّةِ داعي القرضِ [2] لأنَّه مُستحَبٌّ بخِلافِ الرَّهنِ ، ويُندَبُ الوفاءُ باشتراطِ الأجَلِ كما في تأجيلِ الدَّينِ الحالِّ قاله ابنُ الرِّفعَةِ ، وَغيرُ الأجَلِ مِمَّا ذُكِرَ في / مَعناه . ١٤٣/٢

(ويصِحُّ) الإقراضُ (بشرطِ رَهنٍ ، وكفيلٍ ، وإشهادٍ ، وإقرارٍ به عندَ حاكِمٍ) لأنَّ هذِه الأمُورَ توثيقاتٌ لا مَنافعُ زائِدَةٌ ، فله إذا لم يُوفِ المُقترِضُ بها الفسخُ على قياسِ ما ذُكِرَ في اشتِراطِها في البيعِ ، وإنْ كان له الرُّجوعُ بغيرِ شرطٍ كما سَيأتي على أنَّ في التوثُّقِ بها مع إفادَتِه [3] أمنَ الجحدِ في بعضٍ ، وسُهولَةَ الاستيفاءِ في آخرِ صَونَ العِرضِ فإنَّ الحياءَ والمروءَةَ يمنَعانِه من الرُّجوعِ بغيرِ سَبَبٍ بخِلافِ ما إذا وُجِدَ سَبَبٌ فإنَّ المقترِضَ إذا امتنَعَ من الوفاءِ بشيءٍ من ذلك كان المقرِضُ مَعذورًا في الرُّجوعِ غيرَ مَلُومٍ ، (لا) بشرطِ رَهنٍ ، وكفيلٍ ، وإشهادٍ ، وإقرارٍ (بدَينٍ آخَرَ) فلا يصِحُّ العقدُ لأنَّه قَرضٌ جَرَّ مَنفعَةً ، وهذا تصريحٌ بما أفهَمَه قولُه به .

وبما تقَرَّرَ عُلِمَ انقِسامُ الشرطِ إلى ثلاثَةِ أقسامٍ : صَحيحٍ ، وفاسِدٍ مُفسِدٍ ، وفاسِدٍ غيرِ مُفسِدٍ .

(وإذا قَبَضَ القرضَ) أيْ ما اقترَضَه (مَلكه ، وإنْ لم يتصرَّف فيه) كالموهوبِ وأولى لِثبوتِه بعِوضٍ ، ولأنَّه يملِكُ بقبضِه كُلَّ التصرُّفاتِ ، ولو لم يملِكه لما

---

(١) (قوله : وقِياسُ كَراهَةِ نِكاحِ إلخ) هو الأصحُّ .

(٢) (قوله : ويُجابُ بقوَّةِ داعي القرضِ إلخ) وبأنَّ المقصودَ بالقرضِ الرِّفقُ وهذا من جُملَته .

(٣) (قوله : على أنَّ في التوثُّقِ بها مع إفادَته أمنَ الجحدِ إلخ) قال ابنُ العِمادِ ومن فوائِده أنَّ المُقترِضَ لا يحِلُّ له التصرُّفُ في العينِ التي اقترَضَها قبلَ الوفاءِ بالشرطِ إن قُلنا يملِكُ بالقبضِ كما لا يجوزُ لِلمُشتري التصرُّفُ في المبيعِ قبلَ دَفعِ الثمَنِ إلا برِضا البائِعِ والمُقترِضِ هاهنا لَم يُبَحْ له التصَرُّفُ إلا بشرطٍ صحيحٍ وإنَّ في صِحَّةِ هذا الشرطِ حَثًّا لِلنَّاسِ على فِعلِ القرضِ وتحصيلِ أنواعِ البرِّ وغيرِ ذلك .

مَلَكَ التصرُّفَ [١] فيه (وعَتقَ) عليه (إنْ كان بعضَه) ، ولَزِمَه نَفقَةُ الحيوانِ كما صرّحَ به الأصلُ (لكن إنْ رجع) المقرِضُ [٢] (فيه) أيْ فيما أقرَضَه (وهو مِلْكُه) أيِ المقترِضِ جازَ ، وإنْ كان مُؤَجّرًا أو مُعَلَّقًا عِتقُه بصِفةٍ [٣] لأنَّ له تغريمَ بَدَلِه عندَ الفواتِ ، فالمطالَبَةُ بعَيْنِه أولى ، نَعَم إنْ بَطَلَ به حَقٌّ لازِمٌ كأنْ وجَدَه مَرهونًا أو مُكاتبًا أو مُتعَلِّقًا برَقَبَتِه أرشُ جِنايةٍ فلا رُجوعَ ، ولو زالَ مِلْكُه ثُم عادَ فوجهانِ ، وقياسُ أكثَرِ نَظائِرِه الرُّجوعُ [٤] ، وبه جَزَمَ العِمرانيُّ ، وهو ظاهرُ كلامِ المصنفِ بخِلافِ قولِ أصلِه : ما دامَ باقيًا ، وإذا جازَ رُجوعُه فرجع فيه (لَزِمَه) أيِ المقترِضَ (رَدُّه) ، وللمُقْترِضِ رَدُّ ما اقترَضَه ، وعلى المقرِضِ قَبولُه [٥] إلا إذا نَقَصَ فله قَبولُه مع الأرشِ أو مِثلِه سَليمًا قاله الماورديُّ ، وفيما إذا وجَدَه مُؤَجّرًا لا أرشَ له بل يأخُذُه مَسلُوبَ المنفعَةِ ؛ لأنَّ له فيها أمَدًا ينتظِرُ فإنْ شاءَ رَضِيَ بذلك ، وإنْ شاءَ أخَذَ مِثلَه ، ولو زادَ رجع في زيادَتِه المتَّصِلَةِ دون المنفصِلَةِ

(فصْلٌ) : (وأداؤُه) أيِ الشيءِ المقرَضِ صِفةً ، ومَكانًا وزمانًا (كأداءِ المسلمِ فيه) فلا يجبُ قَبولُ الرَّديءِ عن الجيِّدِ ، ولا قَبولُ المِثلِ في غيرِ مَكانِ الإقراضِ إنْ كان لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، ولم يتحمَّلْها المقترِضُ أو كان المكانُ مَخوفًا ، ولا يلزَمُ المقترِضَ الدّفعُ في غيرِ مَكانِ الإقراضِ إلا إذا لم يكنْ لِحَملِه مُؤْنَةٌ أو له مُؤْنَةٌ ، وتحمَّلها المقرِضُ كما أفهَمَه قولُه : (لكن له مُطالَبَتُه في غيرِ بَلَدِ الإقراضِ بقيمَةِ ما لَهُ) أيْ لِحَمْلِه (مُؤْنَةٌ) [٦] لِجوازِ الاعتياضِ عنه ، بخِلافِ نَظيرِه في السَّلَمِ فعُلِمَ أنَّه لا يُطالِبُه بمِثلِه إذا

---

(١) (قولُه : ولو لَم يمْلِكْه لَمَا مَلَكَ التصرُّفَ فيه) لأنَّه ليس نائبًا عن المالِكِ ولا وليًّا عليه وكالهبةِ لِلوَلَدِ .

(٢) (قولُه : لكنْ إنْ رَجَعَ فيه إلخ) يُستثنَى منه ما إذا أسلَمَ عبدٌ كافِرٌ فأقرَضَه من مُسلِمٍ فإنَّ المتَّجِهَ الاكْتفاءُ بالقرضِ ويحتمِلُ امتناعُ الرُّجوعِ قاله الإسنَويُّ .

(٣) (قولُه : أو مُعَلَّقًا عِتقُه بصِفةٍ) شَمَلَ المدَبَّرَ .

(٤) (قولُه : وقِياسُ أكثرِ نَظائِرِه الرُّجوعُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قولُه : وعلى المقرِضِ قبولُه) يُستثنَى ما لو رَدَّه في زَمَنِ نَهبٍ أو إغارَةٍ فلا يلزَمُه قبولُه .

(٦) (قولُه : بقِيمَةِ مَا لَهُ أي لِحَملِه مُؤْنَةٌ) المرادُ بكونِ النقلِ له مُؤْنَةٌ أنَّه تزيدُ قِيمتُه بالنقلِ إلى بَلَدِ المطالَبَةِ ، لا أنَّ مجُرَّدَ النقلِ له مُؤْنَةٌ فإنَّه لا يُمكِنُ نَقلُ شيءٍ من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ إلا بمُؤْنَةٍ ، ولو كان المرادُ ذلك لأدَّى إلى أنَّه لو أقرَضَه قفيزًا بقَريةٍ من قُرى مِصرَ ثم وجَدَه بأخرى منها وقيمَتُه بالموضِعَيْنِ سَواءٌ أو في بَلَدِ المطالَبَةِ أقضي أنَّه يُطالِبُه بالقِيمَةِ فيه وليس كذلك لِما سَبَقَ ، وقولُه المرادُ بكونِ النقلِ له مُؤْنَةٌ إلخ قال شيخُنا لَعَلَّ قائِلَ ذلك بَناه على أنَّ زيادَةَ القِيمَةِ ... =

لم يتحمَّلْ مُؤْنَةَ حَملِه لِما فيه من الكُلْفةِ ، وأنَّه يُطالِبُه بِمثلِ ما لا مُؤْنَةَ لِحَمْلِه ، وهو كذلك فالمانِعُ من طَلَبِ المِثلِ عندَ الشيخينِ ، وكثيرٍ مُؤْنَةُ الحملِ (١) ، وعندَ جَماعَةٍ منهم ابنُ الصَّبَّاغِ كونُ قيمَةِ بَلَدِ (٢) المطالَبةِ أكثَرَ من قيمَةِ بَلَدِ الإقراضِ ، والأولُ أوجَه ، وتصريحُ المصنفِ بما لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ من زيادَتِه ، وبه صرحَ الرَّافعيُّ ، وتُعتبَرُ قيمَتُه (ببلَدِ القَرضِ) لأنَّه مَحَلُّ التملُّكِ (يومَ المطالَبةِ) لأنَّه وقتُ استِحقاقِها (وينقَطِعُ بها) أيْ بالقيمَةِ (حَقُّه) أيِ المقرِضِ ، لأنَّها للفيصولَة لا للحَيلُولَةِ ، فلو اجتمَعا ببلَدِ الإقراضِ لم يكنْ للمُقرِضِ رَدُّها وطَلَبُ المِثلِ ، ولا للمُقْترِضِ استِردادُها .

(فرعٌ : له) بل عليه كما يقتضيه كلامُ الأصلِ (٣) (رَدُّ مِثلِ ما اقْتَرَضَ) حَقيقَةً في المِثليِّ (ولو في نَقدٍ بطَلَ) التعامُلُ به (وصورَةً في المتقوّمِ) «لأنَّه ﷺ اقْترَضَ بَكْرًا وردَّ رَباعيًا» كما مَرَّ في خَبَرِ مُسلمٍ ، ولأنَّه لو وجَبَتْ قيمَتُه لافتقَرَ إلى العِلْمِ بها ، والذي يظهَرُ كما / قال ابنُ النَّقيب (٤) اعتِبارُ ما فيه من المعاني كحِرفةٍ ٢/١٤٤

= ليستْ عِلَّةً مُستقِلَّةً أمَّا إذا قُلنا باستقلالِها فمُؤْنَةُ النقلِ وحدَها كافيةٌ ، نَعَم يتَّجِه أنَّ المُرادَ بذلك مُؤْنَةٌ يترَتَّبُ عليها اختلافُ غَرَضٍ لا مُطلَقُ المُؤْنَةِ .

(١) (قوله : فالمانِعُ من طَلَبِ المِثلِ عندَ الشيخَيْنِ وكَثيرٍ مُؤْنَةُ الحملِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وعندَ جَماعَةٍ منهم ابنُ الصَّبَّاغِ كونُ قِيمَته إلخ) هو مَأخوذٌ من كلامِ الشيخَيْنِ هنا إمَّا بقِياسِ الأولى أو المُساواةِ فلا مُخالَفةَ بينهما ، وقال الأذْرَعيُّ وغيرُه : الظَّاهرُ ما قاله ابنُ الصَّبَّاغِ . ا هـ . وهذا الخلافُ إنَّما ذكراه في الغصب ويُفرِّقُ بين البابَيْنِ بأنَّ الغاصِبَ مُتعَدٍّ ولو أقرَضَه طَعامًا بمَكَّةَ فلَقِيه بِمِصْرَ فليس له مُطالَبَتُه بقِيمَةِ مَكَّةَ بل عليه مِثْلُه ، فإنْ تراضَيا بقِيمَته جازَ ، قال شيخُنا قاله الزَّركَشيُّ ، قُلت : ولَعَلَّه مَبنيٌّ على أنَّه ليستْ كُلُّ واحدَةٍ مِمَّا هو على الهامِشِ عِلَّةً مُستقِلَّةً فالأوجَه خلافُه كاتبُه ، وكَتبَ أيضًا قال الأذْرَعيُّ : وكلامُ الشافِعيِّ يُشيرُ إلى كُلٍّ من العِلَّتيْنِ فإذا أقرَضَه طعامًا أو نحوه بِمِصْرَ ثم لَقِيه بمَكَّةَ لَم يلزَمه دَفعُه إليه لأنَّه بمَكَّةَ أغلى كذا نَصَّ عليه الشافِعيُّ بهذه العِلَّةِ ، وبأنَّ في نَقلِه إلى مَكَّةَ ضَرَرًا فالظَّاهِرُ أنَّ كُلَّ واحدَةٍ منهما عِلَّةٌ مُستقِلَّةٌ .

(٣) (قوله : فرعٌ له بل عليه كما يقتضيه كلامُ الأصلِ) كِلا التعبيرَيْنِ حَسَنٌ فإنَّ قِيمَةَ مِثْلِ المُقرِضِ حتى ما بَطَلَ من النقدِ قد تنقُصُ وقد تزيدُ .

(٤) (قوله : والذي يظهَرُ كما قال ابنُ النقيب اعتبارُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال الزَّركَشيُّ : المُرادُ بالصُّورَةِ أن يكونَ على هَيْئَته التي تختلِفُ بها القِيمَةُ ، وفي التتمَّةِ يرُدُّ عليه من جِنْسِه ما يجْمَعُ أوصافه حتى لا يفوت شيءٌ من إقراضِه فلا يمتنِعُ من الرِّفْقِ . ا هـ . وفي التدريب ويجِبُ رَدُّ المِثلِ ولو من حيثُ الصُّورَةُ ولو في المُتقوِّمِ ، والمُرادُ على صِفته التي تختلِفُ بها القِيَمُ حتى لو اقترَضَ عبدًا كاتبًا رَدَّ مِثلَه .

العبدِ وعَدْوِ الدّابَّةِ فإنْ لم يتأتَّ اعتُبِرَ مع الصُّورَةِ مُراعاةُ القيمَةِ (والقولُ في الصِّفةِ أو القيمَةِ) عندَ الاختِلافِ فيها (قولُ المستقرِضِ) بيمينِه لأنَّه غارِمٌ .

(وإنْ قال أقرَضتُك ألفًا ، وقَبِلَ) المقترِضُ (وتفرَّقا ثُم سَلَّمَ إليه ألفًا) فإن كان (قبلَ طولِ الفصْلِ جازَ) لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه قَصَدَ الدّفعَ عن القَرضِ (١) (وإلا فلا) يجوزُ (وعَلله في الرَّوْضَةِ) تبعًا للمُهذَّب (فقال : لأنَّه لا يُمكِنُ البناءُ مع طولِ الفصْلِ) أمَّا لو قال أقرَضتُك هذِه الألف مَثَلا ، وتفرَّقا ثُم سَلَّمَها إليه فيجوزُ ، وإنْ طالَ الفصْلُ (ولا كراهَةَ في قَبولِ هَديَّةِ المستقرِضِ) بغيرِ شرطٍ قال الماورديُّ والرُّويانيُّ : والتنزُّه عنه أولى قبلَ رَدِّ البَدَلِ ، وأمَّا ما رواه البُخاريُّ وغيرُه مِمَّا يدُلُّ على الحُرمَةِ فبعضُه شرطٌ فيه أجَلٌ ، وبعضُه محمُولٌ على اشتِراطِ الهَديَّةِ في العقدِ .

(وإنْ قال) لِغيرِه (خُذْ من ما) أي الذي (لي مع زَيْدٍ) يعني الذي في جِهَتِه (ألفًا قرضًا) فأخَذَها منه (وهو) أيْ ما في جِهَةِ زَيْدٍ (دَيْنٌ) عليه (لم يصِحَّ) قَرضًا لأنَّ الإنسانَ في إزالَةِ مِلْكِه لا يصيرُ وكيلا لِغيرِه ، وإنَّما ذلك توْكيلٌ بقبضِ الدّيْنِ فلا بُدَّ من قَرضٍ جَديدٍ (أو عَيْنٌ كوديعَةٍ صَحَّ) قَرضًا قال القَفَّالُ في فتاويه : ولو قال أقرِضني خَمسَةً ، وأدِّها عن زَكاتي جازَ ، وهذا منه بناءً على ما جوَّزَه من اتِّحادِ القابضِ والمقبضِ ، قال الماورديُّ : ولو قال لِغيرِه اقترِضْ لي مِائَةً ، ولَك عليَّ عَشرَةٌ فهو جِعالَةٌ فلو أنَّ المأمُورَ أقرَضَه مِائَةً من مالِه لم يستحِقَّ العشرَةَ ، ولو قال لِغيرِه ادْفع مِائَةً قَرضًا عليَّ إلى وكيلي فُلانٍ فدَفعَ ثُم مات الآمِرُ فليس لِلدَّافعِ مُطالَبَةُ الآخِذِ (٢) لأنَّ الآخِذَ لم يأخُذْ لِنفسِه ، وإنَّما هو وكيلٌ عن الآمِرِ ، وقد انتهَتْ وكالَتُه بمَوْتِ الآمِرِ ، وليس للآخِذِ الرَّدُّ عليه ، ولو رَدَّ ضَمِنَ للورَثَةِ ، وحَقُّ الدّافعِ يتعَلَّقُ بتركَةِ الميِّتِ عُمُومًا لا بما دَفعَ خُصوصًا .

---

(١) (قوله : لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه قَصَدَ الدَّفعَ عن القرضِ) عُلِمَ منه أنَّ القرضَ لا يجِبُ إيرادُه على مُعَيَّنٍ بل يجوزُ أنْ يكونَ على موصوفٍ ثم يُعَيَّنُ .

(فرعٌ) لو استقرَضَ حِنطَةً من آخَرَ فأجازَ المُقرِضُ الآخذَ من مَطمورَةٍ أو كَندوجٍ مُعَيَّنٍ فأخَذَ واختلَفا في القدرِ صُدِّقَ القابضُ بيمينِه ، ولو رَدَّها إليه بإذنِ المُقرِضِ وهناكَ حافِظٌ له بَرِئَ وإنْ لَم يكُن لَم يبرأ ولو تلِفتْ تلِفتْ من ضَمانِه ولو كانت وديعَةً أو غَصْبًا ورَدَّها بإذنِه بَرِئَ ولو دَفعَ ألفًا إلى آخَرَ ثم قال الآخذُ : كانت وديعَةً فهَلَكَتْ وقال الدَّافِعُ بل قَرضًا صُدِّقَ بيمينِه .

(٢) (قوله : فليس لِلدَّافِعِ مُطالَبةُ الآخذ إلخ) المذهَبُ أنَّ له مُطالبَته كما ذكرَه الشيخانِ في كِتابِ الوكالَةِ وجزَمَ به المُصَنِّفُ .

(كتاب الرهن)

(الرَّهْن) هو لغَةً الثُّبوتُ ، ومنه الحالَةُ الرَّاهنَةُ أي : الثّابتةُ ، وقال الإمامُ : الاحتِباسُ ، ومنه : ﴿كُلُّ نفسٍ بما كسَبَتْ رَهينَةٌ﴾ [المدثر : ٣٨] (١) ، وشرعًا : جَعلُ عَيْنَ مالٍ (٢) وثيقَةً بدَيْنٍ يستوفي منها عند تعذُّرِ وفائِه ، والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ : قوله تعالى : ﴿فرِهانٌ مَقبوضَةٌ﴾ [البقرة : ٢٨٣] قال القاضي : مَعناه : فارهَنُوا واقبضوا ، لأنَّه مصدرٌ (٣) جُعِلَ جَزاءً لِلشَّرطِ بالفاءِ ، فجَرَى مَجْرَى الأمرِ كقولِه : ﴿فتحريرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء : ٩٢] ﴿فضَربَ الرِّقابِ﴾ [محمد : ٤] ، وخَبَرِ الصَّحيحَيْنِ «أنَّه ﷺ رَهَنَ دِرعَه عند يهوديٍّ (٤) يُقالُ له : أبو الشحمِ على ثلاثينَ صاعًا من شَعيرٍ لأهْلِه (٥) ثُم قيلَ : إنَّه افتكَّه قبلَ موتِه» لِخَبَرِ «نفسُ المؤمِنِ مُعَلَّقَةٌ بدَيْنِه حتّى يُقضى» (٦) ، وهو ﷺ مُنزَّهٌ عن ذلك ، والأصَحُّ : خِلافُه «لِقولِ ابنِ عَبّاسٍ : «تُوفِّي ﷺ ودِرعُه مَرهونَةٌ عند يهوديٍّ» (٧) ، والخبَرُ الأولُ مَحمُولٌ على غيرِ الأنبياءِ تنزيهًا لهم ، وقيلَ : على مَن لم يُخْلِف وفاءَ الوثائِقِ بالحقوقِ ثلاثَةٌ : شَهادَةٌ ورَهْنٌ ، وضَمانٌ ، فالشهادَةُ : لِخَوفِ الجحدِ ، والآخَرانِ : لِخَوفِ الإفلاسِ .

---

(١) (قولُه : رَهينَةٌ) أي : مَحْبوسَةٌ في القبرِ غيرُ مُنبَسِطَةٍ مع الأرواحِ في عالَمِ البرزَخِ وفي الآخرَةِ مَعوقَةٌ عن دُخولِ الجنَّةِ.

(٢) (قولُه : جَعلُ عَيْنِ مالٍ) أي : مُتموِّلَةٍ .

(٣) (قولُه : لأنّه مَصْدر) أي : مُفرَدُه .

(٤) (قولُه : «رَهَنَ درعَه عندَ يهوديٍّ» إلخ) رَهَنَه عندَ اليهوديِّ لِبَيانِ جَوازِ مُعامَلَةِ أهلِ الكِتاب وقِيلَ : خَشيةً من بَراءَةِ ذمَّته الشريفةِ لو عامَلَ أصحابَه ، ومَعنَى مُعلَّقَةٌ مَحْبوسَةٌ في القبرِ غيرُ مُنبَسِطَةٍ مع الأرواحِ في عالَمِ البرزخِ وفي الآخرَةِ مَعوقَةٌ عن دُخولِ الجنَّةِ حتى يوفَّى عنه.

(٥) رواه البخاري ، كتاب الرهن ، باب الرهن عند اليهود وغيرهم ، حديث (٢٥١٣) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، حديث (١٦٠٣) .

(٦) صحيح : رواه الترمذي (٣٨٩/٣) كتاب الجنائز ، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال : « نفس المؤمن ...» ، حديث (١٠٧٨) ، ورواه ابن ماجه (٨٠٦/٢) حديث (٢٤١٣) .

(٧) الحديث رواه البخاري ، كتاب الجهاد والسير ، باب ما قيل في درع النبي ﷺ ، حديث (٢٩١٦) بإسناده عن عائشة رضي الله عنها ، ورواه مسلم ، حديث (١٦٠٣) . ورواية ابن عباس ، رواها الترمذي (٥١٩/٣) كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل ، حديث (١٢١٤) . والنسائي ، كتاب البيوع ، باب مبايعة أهل الكتاب ، حديث (٤٦٥١) .

(وفيه أربعَةُ أبوابِ الأولُ في أركانِه وهي أربعَةٌ : الأولُ : المرهونُ ، وله شرطانِ : الأولُ : كونُه عَيْنًا فلا يصِحُّ رَهْنُ مَنفعَةٍ) كسُكْنَى دارٍ سَنَةً ، وإنْ كان المرهونُ به حالا ؛ لأنَّها تتلَفُ كُلُّها أو بعضُها فلا يحصُلُ بها توثُّقٌ (ولا) رَهْنُ (دَيْنٍ) ، ولو مِمَّنْ عليه ؛ لأنَّه غيرُ مَقدورٍ على تسليمِه [١] ، والكلامُ في إنشاءِ الرَّهْنِ كما يُؤخَذُ من كلامِه فلا يُنافي كونَ المرهونِ دَيْنًا [٢] بلا إنشاءٍ كما لو جَنَى عليه [٣] فإنَّ بَدَلَه في ذِمَّةِ الجاني مَحكُومٌ عليه بأنَّه رَهْنٌ لامتِناعِ الإبْراءِ منه كما سَيأْتي .

١٤٥/٢ (ويصِحُّ رَهْنُ المشاعِ) [٤] / كرَهْنِ الكُلِّ ، ولو عند غيرِ شريكِه ، وإنْ قبلَ القِسمَةِ سواءٌ أكان الباقي لِلرَّاهنِ أم لِغيرِه (ولو في بيتٍ من دارٍ) مُشترَكَةٍ (بينهما) أي : بين اثنَيْنِ (ولو لم يأذَن الشريكُ) كبيعِه .

والتصْريحُ بالتصْحيحِ فيما إذا لم يأْذَنْ من زيادَتِه (فلو خرج) ما رَهَنَه من البيتِ (عن مِلْكِه بالقِسمَةِ) لِلدَّارِ بأنْ وقَعَ في نَصيبِ شريكِه (غَرِمَ قيمَته رَهْنًا مَكانه) ؛ لأنَّه حَصَلَ له بَدَلُه ، وبهذا فارَقَ تلفَ المرهونِ بآفةٍ سَماوِيَّةٍ (فرعٌ : قبضُ المشاعِ بقبضِ كُلِّه وتجري المهايأةُ بين المرتهنِ ، والشريكِ كالشريكَيْنِ) أي : كجَرَيانِها بينهما ، ولا بأْسَ بتبعيضِ اليدِ بحُكْمِ الشُّيُوعِ كما لا بأْسَ به لاستيفاءِ الرَّاهنِ المنافعَ (ولا يُشترَطُ إذنُ الشريكِ) في القبضِ (إلا فيما يُنقَلُ) ؛ لأنَّه لا يحصُلُ قبضُه إلا

---

(١) (قولُه : لأنَّه غيرُ مَقدورٍ على تسليمِه) ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يلزَمُ إلا بقبضِ المُرتهنِ وقبضُه هنا يُصادِفُ ما تناوله العقدُ ؛ لأنَّه فرعٌ عن أخذه له وإذا أخَذَه خَرَجَ عن أنْ يكونَ دَيْنًا .

(٢) (قولُه : فلا يُنافي كون المرهونِ دَيْنًا ومَنفعَةً) كمَنْ مات عنها وعليه دَيْنٌ ، ولو ضَمِنَ عبدَه بصَداقٍ في ذمَّته قال الماورديُّ وغيرُه : لَم يصِحَّ رَهْنُه به لاتِّحادِ الوثيقَةِ والموثوقِ فيه .

(٣) (قولُه : كما لو جَنَى عليه إلخ) وما إذا مات وعليه دَيْنٌ وخَلَّفَ دَيْنًا .

(٤) (قولُه : ويصِحُّ رَهْنُ المشاعِ إلخ) قال في الميْدانِ : وجُملَةُ ما أقولُه في رَهْنِ المشاعِ وقِسمَته أنَّه إمَّا أنْ يصْدُرَ من أحدِ الشريكَيْنِ أو منهما وإذا صَدرَ من أحدِهما ، فإمَّا أنْ يكونَ بإذْنِ الآخَرِ أو بغيرِ إذْنِه ، وفي الأقسامِ الثلاثةِ تجوزُ القِسمَةُ حيثُ نَقولُ : إنَّها إفرازٌ ولَم يحْصُل بها نَقصٌ ، فإنْ حَصَلَ بها نَقصٌ ورَضِيَ بها المُرتهنُ جازَتْ وإلا فات طَلَبَها الرَّاهنُ أو الشريكُ الآخَرُ بعدَ رِضاه بالرَّهْنِ فلا يُجابُ وإلا فيُجابُ ، وأمَّا إذا قُلنا : إنَّها بَيْعٌ فإنْ طَلَبَها الشريكُ الذي لَم يرهَنْ ولَم يرضَ برَهْنِ شَريكِه أُجيبَ وإنْ طَلَبَها الرَّاهنُ أو الشريكُ الذي رَضِيَ فإنْ لَم يرضَ المُرتهنُ لَم يجِب وإنْ رَضِيَ جازَ خلافًا لِلإمامِ ، وهذا تحريرٌ عَزيزٌ فاشدُد عليه يدَيْك .

بالنَّقلِ ، ولا يجوزُ نَقلُه بغيرِ إذنِ الشريكِ (١) (فإن امتنعَ ، وتنازَعا وضَعَه الحاكِمُ عند عَدْلٍ) يكونُ في يدِه لهما ، (ويُؤَجِّرُه) إنْ كان مِمّا يُؤَجَّرُ ، وإنْ رَضيَ المرتهنُ بكونِه في يدِ الشريكِ جازَ ، ونابَ عنه في القبضِ .

(فصلٌ) : (يصِحُّ ، ويُكرَه رَهْنُ مُصْحَفٍ و) رَقيقٍ (مُسلمٍ من كافرٍ وسِلاحٍ من حَرْبيٍّ وجاريةٍ حَسْناءَ غيرِ صَغيرةٍ من أجنَبيٍّ) إذ لا مانِعَ من صِحَّتِه لكنْ فيه نَوعُ تسليطٍ للكافرِ على المذكُوراتِ فكُرِهَ لِذلك ، وذِكْرُ الكراهَةِ في الأخيرَتينِ ، وتصْحيحُها في الأُولَيَينِ من زيادَتِه ، وكالمصْحَفِ كُتُبُ الحديثِ ، وكُتُبُ الفِقه التي فيها الأخبارُ ، وآثارُ السَّلَفِ قاله القَمُوليُّ ، وغيرُه ، وكالسِّلاحِ الخيْلُ (٢) قاله الأذْرَعيُّ .

(وتوضَعُ) هذِه الأشياءُ (كُلُّها عند عَدْلٍ) ، وتقَدَّمَ أيضًا في البيعِ صِحَّةُ الرَّهْنِ في الأُولَيَينِ مع ما يتعَلَّقُ بوضعِهما عند عَدْلٍ (لا الجاريةُ) الأُولى إلا الجاريةَ أي : المذكُورَةَ فلا توضَعُ عنده كغيرِه (بل إنْ كان المرتهنُ ثِقَةً ، وله زَوجَةٌ أو جاريةٌ) أو مَحرَمٌ (أو نِسوةٌ) ، وفي نُسخَةٍ : أو عنده نِسوةٌ أي : ثِنْتانِ فأكثَرُ (يُؤمَنُ معهنَّ منه عليها تُركتِ الجاريةُ عنده ، وإلا فعند مَحْرَمٍ لها أو امرَأةٍ) (٣) ثِقَةٍ ، ولو مُرتهنًا (أو عَدْلٍ بالصِّفةِ السَّابقَةِ) في المرتهنِ سواءٌ المرتهنُ ، وغيرُه (٤) ، فإنْ شرَطَ وضعَها عندَ غيرِ مَنْ ذُكِرَ فهو شرطٌ فاسِدٌ لِما فيه من الخلْوةِ بالأجْنَبيَّةِ قال القاضي والماورديُّ : والرَّهْنُ صَحيحٌ (٥) ، لأنَّ المنعَ ليس للمِلْكِ بل لِحَقِّ الله تعالى قاله

---

(١) (قولُه : ولا يجوزُ نَقلُه بغيرِ إذنِ الشريك) ، فإنْ نَقَلَه بغيرِ إذنِه حَصَلَ قبضُه وصارَتْ حِصَّةُ الشريكِ مَضمونَةً على الرَّاهنِ وعلى مَنْ هي تحت يدِه ، وقال السُّبكيُّ : النقلُ يحصُلُ به القبضُ سَواءٌ أكان بإذنِ الشريكِ أم بغيرِ إذنِه لكنَّه لا يحِلُّ إلا بإذنٍ فالموقوفُ على إذنِ الشريكِ في المنقولِ حِلُّ القبضِ لا صِحَّتُه .

(٢) (قولُه : وكالسِّلاحِ الخيْلُ) وكالمسلِمِ المُرتَدُّ .

(٣) (قولُه : أو امرَأةٍ) أي ثِقَةٍ .

(٤) (قولُه : سَواءٌ المرتهنُ وغيرُه) مَضروبٌ عليه .

(٥) (قولُه : قال القاضي و الماورديُّ : والرَّهْنُ صحيحٌ إلخ) هذا تفريعٌ على قولٍ مَرجوحٍ ، أمَّا على الأظهَرِ فيبطُلُ الرَّهْنُ أيضًا ، قال الزَّرْكَشيُّ في قَواعِدِه : وقاعِدَةُ الشُّروطِ الفاسِدَةِ أنْ تُفسِدَ العقدَ إلا في صورَةِ البراءَةِ من العُيوبِ وإلا في القرضِ إذا شَرَطَ فيه مُكَسَّرًا عن صحيحٍ أو أنْ يُقرِضَه غيرَه لَغا الشرطُ ولا يفسُدُ العقدُ في الأصَحِّ اهـ وإلا في العُمرَى والرُّقبَى في الأصَحِّ ... =

الزَّركشيُّ ، (والصَّغيرَةُ) غيرُ المشتهاةِ (كالعبدِ لا) الكبيرَةُ (القَبيحَةُ) المنظَرِ ، (والفرقُ ظاهرٌ) ، ولو حَذَف فيما مَرَّ حَسَنًا لاغتنَى عن ذِكْرِ هذِه (والخُنثَى) فيما ذَكَرَ (كالأُنثَى لكن لا يُوضَعُ عند امرَأَةٍ) .

قال الأذرَعيُّ : وهذا يُوهِمُ أنَّه يُوضَعُ عند المرتهنِ أو غيرِه بالشرطِ السَّابقِ في الجاريةِ ، وفي البَيانِ : إنْ كان صَغيرًا (١) فواضِحٌ أو كبيرًا وُضِعَ عند ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ (٢) له رَجُلا كان أو امرَأَةً لا عند أجنَبيٍّ ولا أجنَبيَّةٍ .

(الشرطُ الثاني : جوازُ بيعِه) (٣) عند المحَلِّ ليستوفي من ثَمَنِه فاستيفاؤه مَقصودُ الرَّهنِ أو من مَقاصِدِه (فلا يصِحُّ رَهنُ) ما لا يصِحُّ بيعُه نَحو (أُمِّ ولَدٍ ومُكاتبٍ ، ووقفٍ كأرضِ السَّوادِ) ، وهي أرضُ العِراقِ سُمِّيت سوادًا لِسوادِها بالشجَرِ والزَّرعِ ؛ ولأنَّ الصَّحابَةَ لمَّا قَدِمُوا لِفتحِ الكُوفةِ ، وأبصَروا سوادَ النَّخلِ قالُوا ما هذا السَّوادُ ، وسَبَبُه : أنَّ الخُضرَةَ تُرَى من البُعدِ سوادًا .

والسَّوادُ ، وإنْ كان في الأصلِ لِلشَّجَرِ أو غيرِه لِما ذُكِرَ إلا أنَّه صارَ يُطلَقُ على كُلِّ أرضِ العِراقِ لا غيرُها غالِبًا فصارَ مُرادِفًا للعِراقِ ، وهو الإقليمُ المعروفُ بإقليمِ فارِس .

(فإنْ رَهَنَ غرسًا ، ونَحوه) كبناءٍ (مَملُوكًا في سوادِ العِراقِ فخَراجُه على الرَّاهنِ) ؛ لأنَّه مَضروبٌ على الأرضِ ، ومِثلُه لو صالحَ الإمامُ كُفَّارًا على خَراجٍ يُؤَدُّونَه من أراضِيهِم فهو كالجِزيةِ ، والأرضُ مَملُوكةٌ لهم يصِحُّ رَهنُها ، والخَراجُ على مالِكِها (فإنْ أدَّاه المرتهنُ بإذْنِه رجع به) عليه ، وإنْ لم يشرِطْ الرُّجوعَ (وإلا فلا) رُجوعَ له بل هو مُتبَرِّعٌ .

= وقال المُصَنِّفُ في تمشيته : فإنْ شَرَطَ وضعًا عندَ غيرِ مَنْ ذكرناه فسَدَ الشرطُ وبفسادِه يفسُدُ الرَّهنُ على الأصحِّ .

(١) (قولُه : وفي البيانِ إنْ كان صَغيرًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : وُضِعَ عندَ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ إلخ) يوهِمُ أنَّه لا يوضعُ عندَ مَحرَمٍ برَضاعٍ أو مُصاهَرَةٍ ، وهو بَعيدٌ بَقِي ما لو لَم يكُن له مَحرَمٌ أصلا ، فيتعَيَّنُ رَدُّه بعدَ القبضِ إلى يدِ مالِكِه رَجُلا كان أو امرَأَةً .

(٣) (قولُه : الشرطُ الثاني : جَوازُ بَيعِه) وكونُه مَقدورَ التسليمِ حِسًّا وشرعًا كالمبيعِ وكونُه مَعلومَ العينِ والقدرِ والصِّفةِ .

(فصْلٌ) : (يصِحُّ رَهْنُ الجاريةِ دون ولَدِها) [1] الذي لم يُميِّزْ لأنَّ المِلْك فيهما باقٍ فلا تفريقَ (وهو) لكونِ قيمَتِها تنقُصُ بتقويمِها حاضِنَةً كما سَيأْتي (عَيبٌ يُفْسَخُ به البيعُ المشروطُ فيه الرَّهْنُ إنْ جَهِلَ) المرتهنُ / (كونَها ذات ولَدٍ فلو استحَقَّ ١٤٦/٢ بيعَها بيعًا معًا) حَذَرًا من التفريقِ بينهما [2] المنهيِّ عنه (فإنْ كان هناك غُرَماءُ) للمُفلِسِ أو للمَيِّتِ (وُزِّعَ الثَّمَنُ على قيمَتِهما لأجْلِهِم أو ليتصرَّف) أي : الرَّاهنُ إنْ لم يكنْ هناك غُرَماءُ (في ثمَنِ الولَدِ) لكونِه غيرَ مَرهونٍ ، ولو أخَّرَ الشرطَ عن قولِه : قيمَتِهما لَسَلِمَ من إيهامِ أنَّه شرطٌ في المعطوفِ أيضًا (فتقومُ وحدَها حاضِنَةً) له ؛ لأنَّها رُهنَتْ كذلك (لا مُنفرِدَةً) إيضاحٌ لِما قبله (فيُقالُ) : قيمَتُها مثلا (مِائَةٌ ثم تُقَوَّمُ مع الولَدِ فيُقالُ :) قيمَتُهما مثلا (مِائَةٌ وعِشرونَ) ، فالزِّيادَةُ بسَبَب الولَدِ ، وهي سُدُسُ المِائَةِ والعِشرينَ (فقِسطُ الجاريةِ خمسَةُ أسداسِ الثَّمَنِ) ، وقِسطُ الولَدِ سُدُسُه ، ويجوزُ أيضًا رَهْنُ الولَدِ وحدَه كما صرَّحَ به الأصلُ ، ويُقَوَّمُ محضونًا ، ويأْتي فيه ما مَرَّ خَلا العيبَ لأنَّ قيمَته لا تنقُصُ بذلك بل تزيدُ (وإنْ حدَثَ الولَدُ بعدَ لُزومِ الرَّهْنِ) في أُمِّه (قوِّمَتْ غيرَ حاضِنَةٍ) لأنَّها رُهنَتْ كذلك .

(وإنْ رَهَنَه أرضًا فنَبَت فيها نَخْلٌ) لِلرَّاهنِ بأنْ دَفَنَ نَواة فيها أو حَمَله إليها سَيْلٌ أو غيرُه بعدَ لُزومِ الرَّهْنِ (لم يُقلَع) قَهرًا فلعَلَّه يُؤَدِّي الدَّيْنَ من محَلٍّ آخَرَ (لكنْ إنْ نَقَصَتْ) قيمَتُها (به) أي بالنَّخلِ (وقتَ البيعِ ، ولم تفِ بالدَّيْنِ فللمُرتهنِ القَلْعُ) ليبيعَ الأرضَ بيضاءَ (إلا أنْ يرضَى الرَّاهنُ ببيعِ النَّخلِ) معها (أو كان محجورًا) عليه (بفلَسٍ فيُباعانِ معًا) ، ولا قَلْعَ إذ لا فائِدَةَ له (ويُوزَّعُ الثَّمَنُ عليهما) فما قابَلَ الأرضَ يختصُّ به المرتهنُ ، وما قابَلَ الشجَرَ لِلرَّاهنِ أو الغُرَماءِ (فإنْ حَصَلَ) فيها (نَقصٌ) سَبَبه (فعلى الشجَرِ لا الأرضِ) لأنَّ حَقَّ المرتهنِ في الأرضِ فارِغَةً ،

---

(١) (قولُه : يصِحُّ رَهْنُ الجاريةِ دونَ ولَدِها) حُكْمُ الولَدِ مع الأب وغيرِه مِمَّن يمتنِعُ التفريقُ بينهما كحُكْمِه مع الأمِّ ولو رَهَنَ نِصف الأمِّ فقَطْ ودَعَت الحاجةُ إلى البيعِ وكان يفي الدَّيْنَ ببَيْعِ رُبعِها يُباعُ رُبعُها ورُبعُ ولَدِها قال الأذرَعيُّ : لَم أرَ لهم كلامًا فيما لو كانت الأمُّ رَهنًا عندَ زَيْدٍ والولَدُ عندَ عَمرٍو واحتيجَ إلى بَيْعِهما في الرَّهْنَيْنِ أنَّهما هل يُباعانِ مَعًا كما لو كان أحدُهما فقَطْ رَهْنًا ، هذا مع تأمُّلٍ فيحتمِلُ أنْ يُقال : إنْ لَم يحْصُل بالجمعِ تنقِيصٌ على واحدٍ منهما بيعا جَميعًا وإلا بيعَ كُلُّ واحدٍ وحْدَه في هذه الصُّورَةِ ، ا هـ ، والرَّاجِحُ بَيْعُهما مَعًا .

(٢) (قولُه : حَذَرًا من التفريقِ بينهما) لِلنَّهيِ عنه وقد التزَمَ بالرَّهْنِ بَيْعَ المرهونِ فجُعِلَ مُلتزِمًا لِما هو من لَوازِمِه وهو بَيْعُ الآخَرِ .

وإنَّما مُنِعَ من القَلْعِ لِرِعايةِ الرَّاهِنِ أو الغُرَماءِ فلا يُهمَلُ جانِبُهُ بالكُلِّيَّةِ (وتُقَوَّمُ هنا الأرضُ فارِغَةً) ؛ لأنَّها رُهِنَتْ كذلك (فإن ارتهَنَها) ، ولَزِمَ الرَّهْنُ (وقد دَفَنَ فيها النَّوى) أو حَمَلَه إليها سَيْلٌ أو غيرُه ، وكان (عالِمًا أو عَلِمَ) بعدَ جَهْلِه (ولم يُفْسَخْ) أي : البيعُ المشروطُ فيه الرَّهْنُ : (قوِّمَتْ مَشغولَةً) ؛ لأنَّها رُهِنَتْ كذلك .

(فصلٌ) : يصِحُّ (رَهْنُ ما يُسْرِعُ إليه الفسادُ إنْ أمكنَ تجْفيفُه) كرُطَبٍ وعِنَبٍ يتجَفَّفانِ ، وتجْفيفُه على المالِكِ (أو) لا يُمكِنُ تجْفيفُه لكن (رُهِنَ بدَيْنٍ حالٍّ أو) مُؤَجَّلٍ لكنْ (يحِلُّ قبلَ الفسادِ ، ولو احتِمالا) (١) بأنْ لم يعلم أنَّه يحِلُّ قبلَ الفسادِ أو بعدَه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ فسادِه قبلَ الحُلُولِ ، وتُفارِقُ صورَةُ الاحتِمالِ رَهْنَ المعَلَّقِ عِتْقُه بصِفةٍ لا يعلمُ هل تتقدَّمُ أو تتأخَّرُ حَيثُ لا يصِحُّ رَهْنُه كما سَيأتي بأنَّ سَبَبَ الفسادِ ثَمَّ ، وهو التعليقُ مَوجودٌ عند ابتِداءِ الرَّهْنِ بخِلافِه هنا ، وبأنَّ عَلامَةَ الفسادِ هنا تظهَرُ دائِمًا (٢) بخِلافِها ثُم قال في الأصلِ : ثَمَّ أي : بعدَ صِحَّةِ رَهْنِه إنْ بيعَ في الدَّيْنِ أو قَضَى من مَوضِعٍ آخَرَ فذاك ، وإلا بيعَ ، وجُعِلَ ثَمَنُه رَهْنًا مَكانَهُ ، وهذا يُعلمُ مِمَّا يأتي آخِرَ الفصلِ (وإلا) بأنْ لم يُمكِنْ تجْفيفُه ، ورَهن بمُؤَجَّلٍ يحِلُّ بعدَ فسادِه (٣) أو معه أو لم يعلم أنَّه يحِلُّ معه أو بعدَه (لم يجُزْ) رَهْنُه (إلا إنْ شرَطَ أنْ يبيعَه عند خَوفِ فسادِه ، وأنْ يكونَ ثَمَنُه رَهْنًا) ، ويلزَمُ الوفاءُ بالشرطِ حِفْظًا للوثيقَةِ ، ويصيرُ الثَّمَنُ رَهْنًا من غيرِ إنْشاءِ عَقدٍ ، وعُلِمَ من

---

(١)(قولُه : ولو احتِمالا) الذي يضبطُ أنْ يُقال : إذا أُستُكمِلَت الشُّروطُ حالَةَ العقدِ والمُفسِدُ مُنتظِرٌ فله حالانِ : أحدُهما أنْ يكونَ مُحَقَّقَ الحُصولِ فقولانِ أصحُّهما : الصِّحَّةُ ونَظِيرُه أحرَمَ بالصَّلاةِ في ثَوبٍ تبدو منه عَورَتُه عندَ الرُّكوعِ هل تبطُلُ صَلاتُه من الآنِ أو حتى يركَعَ ،ولا يجْري هنا القولُ بالإبطالِ من أصلِه لإمكانِ بَيْعِه وجَعلِ ثَمَنِه رَهْنًا الثاني : أنْ لا يكونَ مُحَقَّقَ الحُصولِ وله حالَتانِ إحداهما : أنْ يكونَ بحيثُ إذا وقَعَ فاتت الماليَّةُ أصلا فلا يصِحُّ الرَّهْنُ كرَهْنِ المُدَبَّرِ وتارَةً لا تفوتُ أصلا كرَطْبٍ لا يعلَمُ هل يفسُدُ قبلَ الأجَلِ أو لا فيصِحُّ في الأظهَرِ .

(٢) (قولُه : وبأنَّ علامةَ الفساد هنا تظهَرُ دائِماً إلخ) وبأنَّ الظَّاهرَ من حالِ المالِكِ إرادَةَ بَيْعِه عندَ إشرافِه على الفسادِ فيُباعُ إذ العاقِلُ لا يختارُ إتْلافَ مالِه ، فكان كما لو شَرَطَ بَيْعَه وجَعل ثَمَنَه رَهْنًا بخلافِ العِتْقِ فقد لا يُريدُ بَيْعَه طَلَبًا لِلثَّوابِ وبأنَّه هناكَ يفوتُ الحقُّ بالكُلِّيَّةِ لِفواتِ الرَّقَبةِ بالعِتْقِ بخلافِه هنا ، فإنَّ الماليَّةَ لا تبطُلُ وبأنَّا لو صحَّحنا ذلك في المُعَلَّقِ عِتْقُه بصِفةٍ لأدَّى إلى إبطالِ قُربةٍ مَقصودَةٍ وحَقٍّ لِلعبدِ ، وهنا لَم يُؤَدِّ إلا إلى إبطالِ مِلكِ المالِكِ ، وقد وطَّنَ نفسَه عليه بالرَّهْنِ .

(٣) (قولُه : يحِلُّ بعدَ فسادِه) أو معه أو قبله بزَمَنٍ لا يسَعُ البيعَ .

كلامِه أنَّه لا يصِحُّ رَهْنُه فيما لو شرَطَ مَنْعَ بيعِه ، وبه جَزَمَ الأصلُ لِمُناقَضَتِه مَقصودَ الرَّهنِ ، ولا فيما لو لم يشرِطْ شَيْئًا [(١)] ، وهو ما صحّحه في المنهاجِ كأصْلِه .

ونَقَلَه الأصلُ عن تصحيحِ العِراقيِّينَ ؛ لأنَّه لا يُمكِنُه الاستيفاءُ منه عند الحُلُولِ ، والبيعُ قبله ليس من مُقتضَياتِ الرَّهْنِ ، وقيلَ : يصِحُّ ، ويُباعُ عند تعَرُّضِه للفسادِ ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه لا يقصِدُ إفسادَ مالِه ، وقال في الشرحِ الصَّغيرِ إنَّه الأظهَرُ عند الأكثَرِينَ قال الإسنَويُّ : وهو المفتَى به لِنَقلِ الرَّافعيِّ له عن الأكثَرِينَ [(٢)] قال : وقَضيَّةُ كلامِهم [(٣)] أنَّه لو لم يشرِطْ / رَهْنَ ثَمَنِه لم يصِحَّ ، وفيه نَظَرٌ **(فلو** ١٤٧/٢
أذِنَ) الرَّاهنُ **(للمُرتهِنِ في بيعِه** [(٤)] **ففرَّطَ)** بأنْ ترَكه أو لم يأذَنْ له [(٥)] ، وترَكَ الرَّفْعَ إلى القاضي كما بَحَثَه الرَّافعيُّ ، وقَوَّاه النَّوويُّ [(٦)] **(ضَمِنَ)** ، وعلى الأولِ قيلَ : سَيأتي أنَّه لا يصِحُّ بيعُ المرتهَنِ إلا بحَضْرَةِ المالِكِ ، فينبَغي حَمْلُ هذا عليه ، وأُجيبَ بأنَّ بيعَه ثَمَّ إنَّما امتنَعَ في غَيْبَةِ المالِكِ لكونِه لِلاستيفاءِ ، وهو مُتَّهَمٌ بالاستِعجالِ في ترويجِ السِّلْعَةِ بخِلافِه هنا فإنَّ غَرَضَه الزِّيادَةُ في الثَّمَنِ ليكونَ ، وثيقَةً له .

(وإنْ رَهَنَ ما لا يُسرِعُ فسادُه فحدَثَ قبلَ الأجَلِ ما عَرَّضَه للفسادِ) كحِنطَةٍ ابتلَّتْ ، وتعَذَّرَ تجفيفُها **(لم ينفسِخ)** الرَّهْنُ **(ولو قبلَ القبضِ)** إذ يُغتفَرُ في الدَّوامِ ما لا يُغتفَرُ في الابتِداءِ ألا ترَى أنَّ الآبِقَ لا يجوزُ بيعُه ، ولو الآبِقَ بعدَ البيعِ ، وقبلَ القبضِ لم ينفسِخ فكذا هنا **(بل يُباعُ)** وُجوبًا [(٧)] **(ويُجْعَلُ ثمَنُه رَهنًا)** مَكانَه حِفظًا للوثيقَةِ .

---

(١) (قولُه : ولا فيما لو لَم يشرِطْ شيئًا) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : لِنَقلِ الرَّافِعِيِّ له عن الأكثرِينَ) وقال الأذْرَعِيُّ : إنَّه المذهَبُ .

(٣) (قولُه : قال : وقَضيَّةُ كلامِهم إلخ) وهوكذلك ، فإنَّ مُطلَقَ الإذْنِ بالبيعِ لا يقتضي رَهْنَ الثمَنِ بالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، وإنَّما يقتضي وفاءَ الدَّيْنِ من الثمَنِ إن كان حالًا .

(٤) (قولُه : فلو أذنَ لِلمُرتهنِ في بَيْعِه إلخ) في بعضِ النُّسخِ فلو أذنَ لِلمُرتهِنِ في الصُّورَةِ الأُولى .

(٥) (قولُه : أو لَم يأذَنْ له) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتَبَ عليه ولَم تُمكِن مُراجَعَتُه .

(٦) (قولُه : وقَوَّاه النوويُّ) حيثُ قال : قَويٌّ أو مُتعَيِّنٌ .

(٧) (قولُه : بل يُباعُ وُجوبًا إلخ) بعدَ القبضِ وقبله يكونُ برضاهما أو رِضَى الرَّاهِنِ ، والمرَضُ المخوفُ في العبدِ مُلحَقٌ بما يسرِعُ فسادُه في الإجبارِ على بَيْعِه وجَعلِ ثمَنِه رَهنًا قال الإمامُ : وسائِرُ الحيوانِ كالعبدِ ، ولينظُر فيما لو قال الرَّاهنُ : أنا أبذُلُ قِيمَةَ هذا العبدِ لِتكونَ رَهنًا مَكانه ولا أبيعُه هل يُجابُ الأقرَبُ نَعَم .

(فصلٌ) **(رَهْنُ المرتدّ والمحارِب** (١) **والجاني جِنايةً توجِبُ القِصاصَ لا المالَ ولو دِرهَمًا)** أو أقلَّ **(صَحيحٌ)** (٢) كبيعِهم ، وترجيحُ الصِّحَّةِ في مَسألَةِ الجاني من زيادَتِه ، وبه صرّحَ في المحَرَّرِ والمنهاجِ (٣) قال السُّبْكيُّ : ولم يُفرّقوا فيه بين رَهْنِه بالحالِّ ، والمؤَجَّلِ بل أطلَقوا كما في المرتدِّ ، ولم يسلُكوا به مَسلَك ما يُسرِعُ فسادُه ، والمعَلَّقِ عِتقُه ، ولا شَكَّ أنَّه أولى بالفسادِ ممَّا يُسرِعُ فسادُه حَيثُ يفسُدُ لأنَّ ثَمَنَ ذاك يُجْعَلُ رَهْنًا مَكانه ، وهو أشبَه بالمعَلَّقِ عِتقُه لكونِه حَقًّا لِغيرِ المرتهنِ فكيف يُقالُ بصِحَّةِ رَهْنِه ؟ والصَّحيحُ في المعَلَّقِ عِتقُه بصِفةٍ مُحتمَلَةِ المنعُ ، وإنْ قيلَ هنا يحتمِلُ العفوُ فهناك أيضًا يحتمِلُ أنْ لا توجَدَ الصِّفةُ انتهى .

ويُجابُ بأنَّ الغالِبَ على النَّاسِ العفوُ مع أنَّه مندوبٌ إليه فلِهذا أطْلَقوا الصِّحَّةَ **(وللمُرتهنِ الخيارُ في)** فسخِ **(بيعٍ شرَطَ فيه رَهْنَه)** أي : كُلٌّ منهم **(إن ارتهَنَه جاهلا)** بعَيْبه **(ولو عَفا عن الجاني)** بمالٍ أو مجّانًا **(لأنَّ جِنايته عَيْبٌ)** ، والمرتهنُ مَعذورٌ ، وذِكرُ ثُبوتِ الخيارِ في مَسألَةِ المحارَبَةِ من زيادَتِه ، **(ولو مات)** كُلٌّ منهم **(فوجهانِ)** في كونِ ذلك عَيْبًا في الحالِّ (٤) أم لا : إنْ قُلْنا : عَيبٌ فله الخيارُ ، وإلا فوجهانِ : أحدُهما ، وهو القياسُ : يعتبرُ الابتِداءَ فيُثبتُه ، والآخَرُ : ينظُرُ إلى الحالِّ فلا يُثبتُه (٥) **(وإنْ كان عالِمًا)** بعَيْبه **(فلا خيارَ له ، وإنْ قُتِلَ)** ؛ لأنَّه غيرُ مَعذورٍ **(وإنْ عَلِمَ بالجِنايةِ قبلَ مَوتِ المجنيِّ عليه فرَضي ، ثُم سَرَتْ إلى النَّفسِ لم يثبُتْ له خيارٌ)** لِرِضاه بالعيبِ **(وإنْ عَفا)** عنه **(مُستحِقُّ القِصاصِ على مالٍ ، وبيعٍ)** أو لم يعفُ عنه ، وقُتِلَ **(بَطَلَ الرَّهْنُ)** لِفواتِ العينِ ، وأفْهَمَ كلامُه أنَّه إذا لم يبع لا ينطُلُ الرَّهْنُ ، وهو ظاهرٌ ، وقيلَ : ينطُلُ ، (٦) والترجيحُ من زيادَتِه .

---

(١) (قولُه : والمحارِبُ) أي : المستحَقُّ قتْلُه في قَطعِ الطَّريقِ .

(٢) (قولُه : صحيحٌ) كَرَهْنِ الرَّقيقِ المريضِ المدنِفِ .

(٣) (قولُه : وبه صَرَّحَ في المحَرَّرِ والمنهاجِ) ولا يكونُ برَهْنِه مُلتزِمًا لِفدائِه ، لأنَّه ليس بمُنقِصٍ لِعَيْنِه ولا لِقيمَته بخلافِ تزويجِه للجانيةِ .

(٤) (قولُه : في كونِ ذلك عَيبًا في الحالِّ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ جَزَمَ في الأنوارِ بأنَّه ليس بعَيْبٍ ، ورَجَّحَ السُّبكيُّ والأذرَعيُّ كونَه عَيبًا وهو الأصحُّ .

(٥) (قولُه : والآخَرُ ينظُرُ إلى الحالِّ فلا يُثبتُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : وقيلَ : يبطُلُ) قال في المطلَب : ويُشبه جَرَيانَ ذلك بعَيْنِه في البيعِ أيضًا . اهـ .

وقال البغَويّ في فتاويه ينبَغي أنْ يُقال : لا يصيرُ السَّيِّدُ مُختارًا لِلفِداءِ ؛ لأنَّه حينَ ... =

(لا إنْ فدَى أو عَفا) عنه (مجّانًا) فلا يبطلُ الرَّهنُ ، وثبوتُ الخيارِ ، وعَدَمُ ثُبوتِه في ذلك عُلِمَ مِمَّا مَرَّ (وإن ارتهَنَ مَريضًا ، وهو جاهلٌ) بمَرَضِه (فمات سَقَطَ خيارُه) لأنَّ الموت بألمٍ حادثٍ بخلافِ قَتْلِ المرتدِّ .

(فرعٌ) : قال الرُّويانيُّ : لو جَنَى عبدٌ [(١)] على سَيِّدِه ثم رَهَنَه ، وجوَّزناه كان رَهْنُه إيَّاه دَليلا منه على عَفوِه عنه ذكرَه أصحابُنا .

(فرعٌ : رهْنُ المدَبَّرِ باطِلٌ) ولو رُهِنَ بحالٍّ للغَرَرِ إذ قد يموتُ سَيِّدُه فجأةً قبلَ التمَكُّنِ من بيعِه ، ولمَّا كان العِتقُ فيه آكد منه في المعَلَّقِ عِتقُه بدَليلِ أنَّهم اختلفوا في جوازِ بيعِه لم يُلحِقوه به مُطلَقًا [(٢)] كما ذكرَه بقولِه (ومِثلُه المعَلَّقُ عِتقُه بصِفةٍ) فرَهنُه باطِلٌ (إلا إنْ تُيُقِّنَ حُلولُه) أي : الدَّينِ بأنْ رُهِنَ بحالٍّ أو بمُؤَجَّلٍ يحِلُّ (قبلَ وُجودِها) أي : الصِّفةِ بزَمَنٍ يسَعُ المبيعَ ، وإلا إنْ شرَطَ بيعَه قبلَ وُجودِها كما قاله ابنُ أبي عَصْرونٍ [(٣)] فيصِحُّ رَهنُه (ويُباعُ فيه) أي : في الدَّينِ فدَخَلَ في المستثنَى منه ما إذا تُيُقِّنَ الحُلولُ بعدَ وُجودِ الصِّفةِ أو احتمِل الأمرانِ أو عُلِمَت المقارَنَةُ أو لم تُعلَم بل كانت مُمكِنَةً فتعبيرُه بما قاله أولى من اقتِصارِ أصلِه على الأُولَيَيْنِ (فإذًا) الأولى فإن (لم يبع حتى وُجِدَتْ) أي : الصِّفةُ (عتَقَ) بناءً على أنَّ العِبْرَةَ في العِتقِ المعَلَّقِ بحالِ التعليقِ لا بحالِ وُجودِ الصِّفةِ ، وهو ما صحّحه البَغَوِيّ [(٤)] ، وكذا القاضي في مَوضِعٍ من العِتقِ ، وقيلَ : لا يَعتِقُ إنْ كان الرَّاهنُ مُعْسِرًا بِناءً على عَكْسِ ذلك ، والتصْريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه .

(وللمُرتهِنِ / الخيارُ) بالعِتقِ (في) فسخِ (البيعِ المشروطِ فيه الرَّهْنُ إنْ ١٤٨/٢

= باعَه لَم يكُنِ المالُ مُعَيَّنًا بل ينفسِخُ البيعُ ويُباعُ في الجِنايةِ . ا هـ . فلو حَفرَ عبدٌ بئرًا عُدوانًا فترَدَّى فيها إنسانٌ وتعَلَّقَ الضَّمانُ برَقبته ففي تبيُّنِ فسادِ الرَّهْنِ وجهانِ مُستنَدُها استنادُ التعَلُّقِ إلى أوَّلِ السَّبَبِ فلا يصِحُّ رَهْنُه أو لا يكونُ الرَّهنُ صحيحًا ، ويُقَدَّمُ حَقُّ المجنيّ عليه على حَقِّ المرتهِنِ والرَّاجِحُ الثاني ، ولِهذا لو حَفرَ ذمِّيٌّ بئرًا عُدوانًا ثم أسلَمَ فترَدَّى فيها إنسانٌ وجَبَتْ دينُه في مالِه .

(١)(قولُه : فرعٌ : قال الرُّويانيُّ : لو جَنَى عبدٌ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢)(قولُه : لَم يُلحِقوه به مُطلَقًا) لا فرقَ بين المُدبَّرِ والمُعَلَّقِ عِتقُه بصِفةٍ قد توجَدُ قبلَ التمَكُّنِ من بَيْعِه وإنْ كان الدَّينُ حالاًّ .

(٣)(قولُه : كما قاله ابنُ أبي عَصْرونٍ) أي : وغيرُه وهو واضِحٌ .

(٤)(قولُه : وهو ما صحَّحه البغَوِيّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

جَهِلَ) التعليقَ (كما في) رَهْنِ (الجاني) والتصريحُ بهذا القياسِ من زيادَتِه .

(فرعٌ : وإنْ رَهَنَ الثَمَرَ مع الشجَرِ صَحَّ مُطلَقًا إلا إنْ كان الثمَرُ لا يُجَفَّفُ فله حُكْمُ ما يُسْرِعُ إليه الفسادُ) فيصِحُّ تارَةً ، ويفسُدُ أُخرَى ، ويصِحُّ في الشجَرِ مُطلَقًا ، ووجهه عند فسادِه في الثمَرِ البناءُ على تفريقِ الصَّفقَةِ كما أشارَ إليه بقولِه (ولا يخفَى تفريقُ الصَّفقَةِ ، وإنْ رَهَنَ الثَمَرَةَ مُفرَدَةً فإنْ كانتْ لا تتجَفَّفُ فهي كما يتسارَعُ فسادُه) فيصِحُّ رَهنُها [١] بحالٍّ ، وبمُؤَجَّلٍ يحِلُّ قبلَ الفسادِ ، ولو احتِمالا نَعَم الظَّاهرُ : أنَّه في الثانيةِ [٢] لو كان الدّينُ يحِلُّ قبلَ الجِذاذِ ، وأطلَقَ الرَّهنَ لا يصِحُّ كنَظيرِه الآتي فيما إذا كانت تتجَفَّفُ (وإنْ كان تتجَفَّفُ جازَ) رَهنُها (ولو قبلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ) وبغيرِ شرطِ القَطعِ لأنَّ حَقَّ المرتهنِ لا ينطُلُ باجتياحِها بخِلافِ البيعِ ، فإنَّ حَقَّ المشتري ينطُلُ ، ولأنَّ الحُلُولَ المعلُومَ اشتِراطُه مِمّا يأتي قَرينَةٌ نازِلَةٌ مَنزِلَةَ شرطِ القَطعِ ، وقولُه : (صَحَّ) زائد (إلا إذا رَهَنَه) الأولى : رَهْنُها (بمُؤَجَّلٍ يحِلُّ قبلَ الجِذاذِ وأطلَقَ) الرَّهنَ بأنْ لم يشرِط القَطعَ ، ولا عَدَمَه فلا يصِحُّ لأنَّ العادَةَ في الثِّمارِ الإبقاءُ إلى الجِذاذِ فأشبَهَ ما لو رَهَنَ شَيْئًا على أنْ لا يبيعَه عند المَحَلِّ إلا بعدَ أيّامٍ . قال السُّبكيُّ : وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّ العادَةَ لو اعتُبِرَتْ بعدَ حُلُولِ الأجَلِ لامتنَعَ رَهنُها بالحالِّ ، والفرقُ بين الحُلُولِ المقارَنِ ، والطَّارِئِ لا يظهَرُ انتهى .

ويُجابُ بأنَّ المرتهنَ ثَمَّ مُتمَكِّنٌ من بيعِها بشرطِ القَطعِ حالاً لِحُلُولِ دَيْنِه بخِلافِه هنا ، ودَخَلَ في المستثنَى منه ما لو رَهَنَها بحالٍّ أو بمُؤَجَّلٍ يحِلُّ وقت الجِذاذِ أو بعدَه أو قبله لكنْ بشرطِ القَطعِ ، ووقَعَ في نُسَخٍ زيادَةٌ على ما شرَحت عليه يُوجِبُ إثباتها تكرارًا ، ولعَلَّ المصنف أثبَت الجميعَ ليضرِبَ على بعضِه فلم يتِمَّ له ذلك (ويُجبَرُ الرَّاهنُ على إصلاحِها) من سَقيٍ وجَدادٍ ، وتجفيفٍ ونَحوِها فإنْ لم يكن له شيءٌ باعَ الحاكِمُ جُزءًا منها [٣] ، وأنفقَه عليها كما سَيأتي في البابِ الثالِثِ (فلو أهمَلها) بأنْ ترَك إصلاحَها (برِضَى المرتهنِ جازَ) لأنَّ الحقَّ لهما بخِلافِ عَلَفِ الحيوانِ قال الأذرَعيُّ :

---

(١) (قولُه : فيصِحُّ رَهنُها) بشرطِ القطعِ .

(٢) (قولُه : نَعَم الظَّاهرُ في الثانيةِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : باعَ الحاكِمُ جُزءًا منها) وأنفقَه عليها إذا انتفت الضَّرورَةُ إليه بأنْ تعَذَّرَ عليه الاقتراضُ كما ذكروه في المُساقاةِ وهَرَب الحمَّالِ ونَظائرِه ثم مَحَلُّه إنْ قَصُرَت المُدَّةُ بحيثُ لا تستوفي النفقَةُ أكثرَ ثَمَنِه فإنْ كانت طَويلَةً باعَه الحاكِمُ عليه قاله الدّارِميُّ .

والظَّاهِرُ أنَّ هذا (١) في المتراهنَيْنِ لأنفُسِهما المطْلَقَيِ التصرُّفِ أمَّا لو كانا وليَّيْنِ أو أحدُهما أو مُكاتَبيْنِ أو مَأذونَيْنِ أو أحدُهما فلا عِبْرَةَ برضا الوليِّ ، والعبدِ بما فيه الضَّرَرُ بل يُجْبِرُ الحاكِمُ الرَّاهنَ أو هما بحَسَب ما فيه النَّظَرُ للمُولَّى عليه (**وليس لأحدِهما مَنْعُ الآخَرِ من قَطْعِها وقت الجِذاذِ**) بل تُباعُ في الدّينِ إن حَلَّ ، وإلا أمسَكها رَهْنًا (**ولِكُلٍّ**) منهما (**المنْعُ**) من قَطْعِها (**قبله**) أي : قبلَ وقتِ الجِذاذِ ما لم تدْعُ إليه ضَرورَةٌ لِتضَرُّرِه بقَطْعِها (٢) .

(**وإنْ رَهَنَ ثَمَرَةً يُخْشَى اختِلاطُها**) بالحادِثَةِ بعدَ الرَّهْنِ اختِلاطًا لا يتمَيَّزُ (**بدَيْنٍ حالٍّ أو**) مُؤَجَّلٍ (**يحِلُّ قبلَ الاختِلاطِ**) ، ولو بعدَ خُروجِ الثَمَرَةِ الثّانيةِ (**وكذا بعدَه بشرطِ قَطْعِها قبله صَحَّ**) إذ لا مانِعَ ، والغرَرُ في الأخيرَةِ يزولُ بشرطِ القَطْعِ بخِلافِ ما إذا شرَطَ عدَمَ قَطْعِها (**وإنْ أطْلَقَ**) الرَّهْنَ بأنْ لم يشرِطْ القَطْعَ ولا عَدَمَه (**فقولانِ**) أحدُهما : لا يصِحُّ (٣) لِخَوفِ الاختِلاطِ ، والثّاني : يصِحُّ لإمكانِ الفصْلِ عند الاختِلاطِ قال الزَّركشيُّ وغيرُه : وهما القولانِ في رَهْنِ ما يتسارَعُ فسادُه فيما إذا لم يُعلم هل يحِلُّ الدّينُ قبلَ الفسادِ أو لا ؟ فيصِحُّ رَهْنُها على الأصَحِّ .

(**فإن اختلَطَتْ قبلَ القبضِ**) في صورَتَيْ شرطِ القَطْعِ والإطلاقِ حَيثُ صَحَّ العقدُ (**انفسَخَ**) لِعَدَمِ لُزومِه (**أو بعدَه لم ينفسِخْ**) لِلُزومِه (**بل إن اتَّفقا على كونِ الكُلِّ أو البعضِ**) كالنِّصْفِ (**رَهْنًا فذاك**) واضِحٌ (**وإلا**) بأن اختلَفا في قدرِ المرهونِ هل هو النِّصْفُ مثلا أو غيرُه ؟ (**فالقولُ قولُ الرَّاهنِ في قدرِه**) بيمينِه كما لو اختلَطَ بُرُّه المرهونُ ببُرٍّ آخَرَ له (٤) ، ولا عِبْرَةَ باليدِ هنا ، لأنَّها إنَّما تدُلُّ على المِلْكِ دون الرَّهْنِ بدَليلِ أنَّه لو قال مَن بيدِه المالُ رَهَنْتَنِيهِ ، وأنكرَ المالِكُ كان القولُ قوله

---

(١) (قولُه : قال الأذْرَعِيُّ والظَّاهِرُ أنَّ هذا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه

(٢)(قولُه : لِتضَرُّرِه بقَطْعِها) عُلِمَ منه أنَّهما لو اتَّفقا على قَطْعِها قبلَ أوانِه جازَ وبه صَرَّحَ الدَّارِميُّ .

(٣) (قولُه : أحدُهما لا يصِحُّ)لِخَوفِ الاختلاطِ هو الأصَحُّ .

(٤) (قولُه : كما لو اختلَطَ بُرُّه المرهونُ ببُرٍّ آخَرَ له) سَكَتَ الشيخانِ عن حالَتيْنِ تعَرَّضَ لهما الدَّارِميُّ في الاستذْكارِ إحداهما أنْ يختلِطَ بحِنطَةٍ لِلمُرتهنِ قال : فالقولُ قولُ المرتهنِ في قدرِ المُختلَطِ ، والثانيةُ أنْ تكونَ لأجنبيٍّ قال : فالكلامُ بينه وبينَ الرَّاهنِ ، فإذا تقَرَّرَ شيءٌ لِلرَّاهنِ كان رَهْنًا قال الزَّرْكَشيُّ : وما ذكرَه في الأولى من تصديقِ المُرتهنِ مُشكِلٌ إذ لا دَليلَ عليه وليس تصديقُه بأولى من تصديقِ الرَّاهنِ ، وينْبَغي التوقُّفُ حتى يصْطَلِحا أو يتراضَيا ولَمْ يُفصِحْ بحُكْمِ الحالَةِ الثانيةِ ، وينْبَغي أنْ يجيءَ فيها ما ذكرناه .

فإن اختلَطَ بُرُّه المرهونُ ببُرِّ المرتهنِ ، فالقولُ قولُ المرتهنِ في قدرِ المختلِطِ ، قاله الدّارميُّ .

(فرعٌ : رَهْنُ ما اشتدَّ حَبُّه من الزَّرعِ كبيعِه) فإنْ رُئِيتْ حَبَّاتُه صَحَّ ، وإلا فلا (فإنْ رَهَنَه) مع الأرضِ أو مُنفرِدًا (وهو بَقلٌ فكرَهْنِ الثَّمرَةِ) مع الشجَرِ أو مُنفرِدَةً (قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ) ، وقد مَرَّ .

(فصلٌ) (مَن استعارَ شَيئًا ليرهَنَه) أو وكَّله مالِكُه ليرهَنَه عن نفسِه (جازَ) لأنَّ الرَّهْنَ تَوَثُّقٌ ، وهو يحصُلُ بما لا يُملَكُ بدَليلِ الإشهادِ والكفالَةِ بخِلافِ بيعِ مِلْكِ غيرِه لِنفسِه لا يصِحُّ ، لأنَّ البيعَ مُعاوضَةٌ فلا يملِكُ الثَّمنَ مَنْ لا يملِكُ المُثَمَّنَ ، وشَمَلَ كلامُه الدّراهمَ والدّنانيرَ فتصِحُّ إعارَتُها لِذلك [١] قال الإسنَويُّ : وهو
٢/١٤٩ المتَّجهُ [٢] ، وإنْ مَنَعنا إعارَتها / لِغيرِ ذلك (وكان) عقدُ الإعارَةِ مع الرَّهْنِ (ضَمانًا) لِلدَّينِ (من المعيرِ في رَقَبَةِ الرَّهْنِ) أي المرهونِ لا إعارَةً [٣] ، لأنَّه كما يملِكُ أنْ يلزَمَ ذِمَّته دَينُ غيرِه ينبَغي أنْ يملك إلزامَ ذلك عَينَ مالِه ، لأنَّ كُلًّا منهما مَحَلُّ حَقِّه ، وتصَرُّفِه فعُلِمَ أنَّه لا تعَلُّقَ لِلدَّينِ بذِمَّتِه حتّى لو مات لم يحِلَّ الدّينُ ، ولو تلِف المرهونُ لم يلزَمه الأداءُ .

(فرعٌ : لو أذِنَ في رَهْنِ عبدِه) مثلا (فله الرُّجوعُ) عنه (قبلَ قبضِ المرتهنِ) له لِعَدَمِ تمامِ الضَّمانِ ، وعَدَمِ لُزومِ الرَّهْنِ (ثُم للمُرتهنِ فسخُ بيعٍ شرَطَ فيه) الرَّهْنَ (إنْ جَهِلَ) كونَه مُعارًا أو أنَّ لِمالِكِه الرُّجوعَ فيه بخِلافِ ما إذا عَلِمَ ذلك (أو) رجع (بعدَه فلا) يصِحُّ الرُّجوعُ ، وإلا لم يكنْ لِهذا الرَّهْنِ مَعنًى إذْ لا وُثوقَ به (وليس للمالِكِ إجبارُه) أي : الرَّاهِنِ (على فِكاكِه) أي : الرَّهْنِ (والدّينُ مُؤَجَّلٌ) كمَنْ ضَمِنَ دَيْنًا مُؤَجَّلا لا يُطالَبُ الأصيلُ بتعجيلِه لِتبرَأَ ذِمَّتُه

---

(١) (قولُه : فتصِحُّ إعارَتُها لِذلك) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : قال الإسنَويُّ : وهو المُتَّجه إلخ) وجَرَى عليه غيرُه وهو ظاهرٌ .

(٣) (قولُه : لا إعارَةَ) ، لأنَّ العاريَةَ ينتفِعُ المُستعيرُ بها مع بَقاءِ عَيْنِها والانتفاعُ هنا ببَيْعِها في الدَّيْنِ فلَم تكُنْ عاريَّةً ثم إنَّنا رَأينا الرَّهْنَ قد لَزِمَ بالقبضِ مع بَراءَةِ ذمَّةِ المالِكِ فلا مَحَلَّ له غيرُ الضَّمانِ في رَقَبةِ ما أعطاه كما لو أذنَ لِعبدِه في ضَمانِ دَيْنِ غيرِه فإنَّه يصِحُّ ، وتكونُ ذمَّةُ المالِكِ فارِغَةً فكما مَلَكَ أنْ يلزَمَ دَيْنُ الغيْرِ في ذمَّةِ مَملوكِه وجَبَ أنْ يملك إلزامَ ذلك في رَقَبته ، لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مَحَلُّ حَقِّه وتصَرُّفِه .

(فإذا حَلَّ) الدَّينُ أو كان حالاً ، وأمهَله المرتهنُ **(فله)** أي : للمالِكِ **(ذلك)** (١) أي : إجبارُه على فِكاكِه **(ويأمُرُ)** المالِكُ **(المرتهنَ بالمطالَبَةِ)** بدَينِه ليأخُذَه فينفكَّ الرَّهْنُ **(أو يرُدُّ الرَّهْنَ)** أيِ : المرهونَ إليه (٢) كما لو ضَمِنَ دَيْنًا مُؤَجَّلا ، ومات الأصيلُ فلِلضَّامِنِ أنْ يقولَ للمَضمُونِ له طالِبْ بحَقِّك أو أبرِئْني **(فإنْ طالَبَه)** أيِ المرتهنُ الرَّاهنَ **(وامتنَعَ من فِدائِه)** أيِ : المرهونِ أي : فِكاكِه **(استُؤذِنَ المالِكُ)** في بيعِه (٣) **(فقد يُريدُ فِداءَه)** ؛ ولأنَّه لو رَهَنَ على دَيْنِ نفسِه لَوجَبَ مُراجَعَتُه فهنا أولى **(فإنْ لم يأْذَنْ)** ، ولم يُوفِّ الدَّينَ **(بيعَ)** عليه **(وإنْ كان الرَّاهنُ مُوسِرًا)** كما لو ضَمِنَ في ذِمَّتِه فإنَّه يُطالَبُ ، وإنْ كان الأصيلُ مُوسِرًا **(ويرجِعُ)** المالِكُ على الرَّاهِنِ **(بما بيعَ)** به المرهونُ (٤) كما أنَّ الضَّامِنَ يرجِعُ بما أدَّاه لا بقيمَتِه ؛ ولأنَّه ثَمَنُ مِلْكِه ، وقد صَرَفه إلى دَيْنِ الرَّاهنِ فيرجِعُ به **(ولو زادَ على القيمَةِ)** أو نَقَصَ عنها قال في الأصلِ : بقدرٍ يتغابَنُ النَّاسُ بمِثلِه ، وحَذَفه المصنفِ ؛ لأنَّ البيعَ على المالِكِ إنَّما يكونُ بثَمَنِ المِثلِ الصَّادِقِ بذلك ، وهو كما ترى مُفرَّعٌ على قولِ الضَّمانِ ، فإنْ قُلْنا : إنَّه عاريَّةٌ رجع بقيمَتِه ذكَرَه الأصلُ قال الزَّركشيُّ : ومن هنا يُؤخَذُ أنَّ ما يتغابَنُ به إنَّما يُحَطُّ في العُقودِ دون الإتلافاتِ ، وهو فرعٌ حَسَنٌ انتهى .

---

(١) (قولُه : فإذا حَلَّ فله ذلك) فإنِ امتنَعَ الرَّاهنُ منه ، وهو موسِرٌ فهل نَقولُ يبيعُ القاضي من مالِ الرَّاهنِ ما يوفَّى به الدَّينُ وله إجبارُ الرَّاهنِ على البيعِ فإنِ امتنَعَ منه حَبَسَه القاضي بإذْنِ المالِكِ لَم يُصَرِّحِ الرَّافِعيُّ ولا أصحابُه بهذه الأمورِ ، وذكروا في ضامِنِ الدَّينِ بالإذْنِ أنَّ له مُطالَبةَ الأصلِ بتخليصِه بأداءِ المالِ ، وهل له حَبسُه إنْ حَبَسَ وجهانِ صحَّحَ الشيخانِ أنَّه ليس له ذلك والذي نَقولُه هنا أنَّ القاضي يحْبسُ الرَّاهنَ بطَلَبِ المالِكِ ، والفرقُ بينهما أنَّ المالك يتضَرَّرُ هنا بتأخُّرِ تصَرُّفِه عن عَيْنِه ولا كذلك ضَمانُ الذِّمَّةِ ، وهذا فرعٌ تقديريٌّ زادَ على أصلِه من أجلِ تضَرُّرِ المالِكِ بتأخُّرِ التصَرُّفِ في عَيْنِه المرهونَةِ قاله البُلقينيُّ .

(٢) (قولُه : أو يرَدَّ الرَّهْنِ إلى المرهونِ إليه) أي بعدَ فسخ الرَّهْنِ .

(٣) (قولُه : أستُؤذِنَ المالِكُ في بَيْعِه) قال الأذْرَعيُّ : قِيلَ : ما أطلَقوه هنا من إذْنِه لِلمُرتهنِ في البيعِ إمَّا أن يكونَ على خلافِ المذهَب فإنْ أذنَ الرَّاهنُ لِلمُرتهنِ لا يصِحُّ على المذهَب ، وإمَّا أنْ يُقال : ذاكَ إذا أذنَ له في البيعِ لِلوفاءِ وهنا لِحفظِ ثمَنِه . ا هـ ، ولَعَلَّ هذا صادِرٌ مِمَّنْ يرى انفِرادَه بالبيعِ بالإذْنِ لِلوفاءِ وعليه يتَّجِه احتمالُ الرَّافِعيِّ على ما فهمَه ابنُ الرِّفْعَةِ وأمَّا كونُ ذلك مَفروضًا في حالِ حُضورِ الرَّاهِنِ فبَعيدٌ نَعَم يجوزُ أنْ يُقال المُمتنعُ انفِرادُه بالبيعِ لِوفاءِ الدَّيْنِ لا لِحفظِ ثمَنِه رَهْنًا فإنَّه يحْرِصُ على توفيرِ الثمَنِ وكَثْرَته وفيه نظَرٌ .

(٤) (قولُه : ويرجِعُ بما بيعَ به المرهونُ) وإنْ كان مِثليًا .

(فرعٌ : لو تلِف) المعارُ لِلرَّهْنِ بعدَ رَهْنِه (في يدِ المرتهنِ أو بيعَ في جِنايةٍ في يدِه فلا ضَمانَ) عليه ، لأنَّه أمينٌ ، ولا على الرَّاهنِ لأنَّه لم يسقُط الحقُّ عن ذِمَّتِه (ومَتى تلِف في يدِ الرَّاهنِ ضَمِنَه) ، لأنَّه مُستعيرٌ ، ولم يتِمَّ عليه حُكْمُ الضَّمانِ ، ولو أتلَفه إنسانٌ أُقيمَ بَدَلُه مَقامَه كما هو ظاهرُ كلامِهم قاله الزَّركشيُّ (ولو أعتقَه المالِكُ فكإعتاقِ المرهونِ) فينفُذُ قبلَ قبضِ المرتهنِ له ، وكذا بعدَه إن كان المالِكُ مُوسِرًا دون ما إذا كان مُعسِرًا ، وقيلَ : لا ينفُذُ بعدَه ، والترجيحُ من زيادَتِه .

(فرعٌ : يجِبُ) على المستعيرِ لِلرَّهْنِ (أنْ يُبَيِّنَ للمُعيرِ [١] جِنْسَ الدَّيْنِ) ككونِه ذَهَبًا أو فِضَّةً (وقدرَه) كعَشرَةٍ أو مِائَةٍ (وصِفته من التأجيلِ) أصلا ، وقدرًا (وغيرَه) كحُلُولٍ ، وصِحَّةٍ ، وكسرٍ (وكذا) يجِبُ عليه أنْ يُبَيِّنَ له (مَنْ يرتهِنُه) لاختِلافِ الأغراضِ بذلك (ومَتى خالَف) ما عَيَّنَه له (بَطَلَ الرَّهْنُ) للمُخالَفةِ (إلا إنْ رَهَنَ بأقَلَّ مِمَّا عَيَّنَه) [٢] له كأنْ عَيَّنَ له ألف دِرهَمٍ فرَهَنَه بمِائَةٍ فلا يبطُلُ لِرِضا المعيرِ به في ضِمنِ رِضاه بالأكثَرِ ، وشَمِلَ المستثنَى منه ما لو رَهَنَه بأزيدَ مِمَّا عَيَّنَه فيبطُلُ في الجميعِ لا في الزَّائِدِ فقط للمُخالَفةِ كما لو باعَ الوكيلُ بغَبْنٍ فاحِشٍ لا يصِحُّ في شيءٍ ، ذكرَه الأصلُ قال السُّبكيُّ : وفيه نَظَرٌ لأنَّا لو أبطَلْنا في مَسألَةِ الغبْنِ في القدرِ الذي لا يُساوِي الثَّمَنَ وحدَه مُلْزَمٌ أنْ يُبْطِلَ بإزائِه من الثَّمَنِ ما يُقابلُه فيبقَى القدرُ الذي يُساوِي الثَّمَنَ بأقَلَّ مِمَّا يُساوِي فيُؤَدِّي إلى إبطالِه أيضًا ، ٢/١٥٠ فلِهذا لم يخرُجْ على تفريقِ الصَّفقَةِ بخِلافِه في مَسألَتِنا فالأقربُ / عِندي فيها التخريجُ على تفريقِ الصَّفقَةِ كما جَرَى عليه صاحِبُ التقريب ، وذكرَ نحوه الزَّركشيُّ ، ونَظَرَه بالهدْنَةِ .

(فلو استعارَ ليرهَنَ عند واحِدٍ فرَهَنَ عند اثنَيْنِ أو عَكْسُه لم يجُزْ) لاختِلافِ الأغراضِ بذلك إذْ في الأولى قد يبيعُ أحدُ المرتهنَيْنِ المرهونَ دون الآخَرِ فيتشَقَّصُ المِلْكُ على المعيرِ ، وفي الثانيةِ لا ينفكُّ منه شيءٌ بأداءِ بعضِ الدَّيْنِ بخِلافِ ما لو رَهَنَه من اثنَيْنِ فإنَّه ينفكُّ بأداءِ نَصيب أحدِهما ما يخُصُّه من المرهونِ (ولو قال

---

(١) (قولُه : فرعٌ : يجِبُ أنْ يُبَيِّنَ لِلمُعيرِ إلخ) قال شيخُنا: عِلمُه به مُغنٍ عن بَيانِه كما في الإسعادِ .

(٢) (قولُه : إلا إنْ رَهَنَ بأقَلَّ مِمَّا عَيَّنَه له) أو عَيَّنَ غيرُ ثِقَةٍ فرَهَنَ من ثِقَةٍ قال الكوهكيلوني : وكذا إنْ خالَف في الصِّفةِ بالنُّقصانِ كما إذا استعارَه ليرهَنَه بألفٍ صحيحٍ فرَهَنَه بألفٍ مُكَسَّرٍ وكما إذا استعارَه ليرهَنَه بحالٍّ أو بمُؤَجَّلٍ إلى شَهرٍ فرَهَنَه بمُؤَجَّلٍ أو بمُؤَجَّلٍ إلى شَهرَيْنِ . ا هـ .

أعِرني) كذا (لأرهَنَه بألفٍ أو عند فُلانٍ فكتقييدِ المعيرِ) تنزيلا للإسعافِ على الالتِماسِ (ولو قال) له المالِكُ (ضَمنت ما لِفُلانٍ عليك في رَقَبَةِ عبدي من غيرِ قَبولِ غريمِه) ، وهو المضمُونُ له (كفى) ، وكان كالإعارَةِ لِلرَّهْنِ .

(فرعٌ : وإنْ قَضَى المعيرُ الدَّيْنَ) بمالِه (انفكَّ الرَّهْنُ ، ورجع) به (على الرَّاهنِ إنْ سَلِمَ) أي : قَضَى (بالإذنِ) أي : بإذنِ الرَّاهنِ ، وإلا فلا رُجوعَ له كما لو أدَّى دَيْنَ غيرِه في غيرِ ذلك فإنْ قُلت : الرَّهْنُ بالإذنِ كالضَّمانِ به فيرجِعُ ، وإنْ قَضَى بغيرِ الإذنِ أيضًا قُلت : مُسَلَّمٌ إنْ قَضَى من ثَمَنِ المرهونِ كما مَرَّ أمَّا إذا قَضَى من غيرِه كما هنا فلا ، وحاصِلُه قَصْرُ الرُّجوعِ فيهما على مَحَلِّ الضَّمانِ ، وهو هنا رَقَبَةُ المرهونِ ، وثَمَّ ذِمَّةُ الضَّامِنِ (فإنْ أنكرَ) الرَّاهنُ (الإذْنَ فشَهِدَ به المرتهنُ) للمُعيرِ (قُبِلَ) لِعَدَمِ التُهْمَةِ ، ويُصَدَّقُ الرَّاهنُ في عَدَمِ الإذْنِ (١) كما صرّحَ به الأصلُ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه (ومَنْ رَهَنَ عبدَه من غيرِه بإذْنِه صَحَّ ورجع عليه) بما بيعَ به (إنْ بيعَ أو) رَهَنَه (بغيرِ إذْنِه صَحَّ ، ولم يرجِع عليه) بشيءٍ ، وإنْ بيعَ العبدُ كنَظيرِه في الضَّمانِ فيهما ، والتصْريحُ بالأولى من زيادَتِه .

(الرُّكْنُ الثاني : المرهونُ به ، وله شُروطٌ) ثلاثةٌ بل أربعَةٌ (الأولُ : كونُه دَيْنًا فلا يصِحُّ) الرَّهْنُ (بالأعيانِ) مَضمُونَةً كانتْ أو أمانَةً (كالمغصوب والمبيعِ) ، والمودَعِ ، والموقوفِ (٢) ، ومالِ القِراضِ لأنَّه تعالى ذَكَرَ الرَّهْنَ في المداينَةِ فلا يثْبُتُ في غيرِها ، ولأنَّها لا تُستوفى من ثَمَنِ المرهونِ (٣) ، وذلك مُخالِفٌ لِغَرَضِ الرَّهْنِ عند البيعِ ، وتعبيرُه بالأعيانِ أولى من تعبيرِ أصلِه بالأعيانِ المضمُونَةِ (٤) .

---

(١) (قولُه : ويُصَدَّقُ الرَّاهنُ في عَدَمِ الإذْنِ) كالأصيلِ في دَعوى الضَّامِنِ الإذْنَ في الضَّمانِ .

(٢) (قولُه : والموقوف) لكنْ أفتى القفَّالُ فيما إذا وقَف كِتابًا أو غيرَه وشَرَطَ أنْ لا يُعارَ إلا برَهْنٍ بلُزومِ هذا الشرطِ وضعَّفه بعضُ المتأخِّرينَ من ثَلاثةِ أوجُهٍ : أحدُها : كونُه رَهْنًا بالعيْنِ الغيْرِ المضمونَةِ ، ولا خلاف في بُطْلانِه ثانيها : كونُ الرَّاهنِ أحدَ المُستحِقِّينَ ، والرَّاهنُ لا يكونُ مُستحِقًّا ثالِثُها : أنَّ المقصودَ من الرَّهْنِ الوفاءُ من ثَمَنِ المرهونِ عندَ التلَفِ ، وهذا الموقوفُ لو تلِف بلا تعَدٍّ ولا تفْريطٍ لَمْ يضمَنه ، فالوجه أنَّ هذا الشرطَ فاسِدٌ لا يُتَّبَعُ .اهـ . قال الزَّرْكَشِيُّ إنَّ مــا قاله القفَّالُ مَردودٌ .

(٣) (قولُه : ولأنَّها لا تُستوفى من ثَمَنِ المرهونِ) فيدومُ حَبسُه لا إلى غايةٍ وفارَقَ صِحَّةَ ضَمانِ العيْنِ المغصوبةِ بأنَّ الضَّامِنَ لها يقدِرُ على تحْصيلِها فيحْصُلُ المقصودُ .

(٤)(قولُه : أولى من تعبيرِ أصلِه بالأعيانِ المضمونَةِ) عَبَّرَ بها ؛ لأنَّها مَحَلُّ الخلافِ الذي ذكرَه ...=

الشرطِ (الثاني : كونُه ثابتًا فلا يصِحُّ) بغيرِه كالرَّهْنِ (بثَمَنِ ما سَيشتريه أو) بما (يقترِضُه) لأنَّه وثيقَةُ حَقٍّ فلا تُقدَمُ عليه كالشهادَةِ فلو ارتهَنَ قبلَ ثُبوتِ الحقِّ ، وقَبَضَه كان مَأخوذًا على جِهَةِ سومِ الرَّهْنِ فإذا استقرَضَ أو اشترَى منه لم يصِرِ رَهْنًا إلا بعَقْدٍ جَديدٍ (ويصِحُّ مَزجُ الرَّهْنِ) بسَبَبِ ثُبوتِ الدّيْنِ كمَزجِه (بالبيعِ أو القَرضِ بشرطِ تأخُرِ طَرَفيِ الرَّهْنِ) يعني تأخُرَ أحدِهما عن طَرَفيِ الآخَرِ ، والآخَرِ عن أحدِهما فقط فيقولُ : بعتُك هذا بكذا أو أقرَضتُك كذا ، وارتهَنت به عبدَك فيقولُ الآخَرُ ابتعت أو اقترَضت ، ورَهَنت ؛ لأنَّ شرطَ الرَّهْنِ فيهما جائِزٌ فمَزجُه أولى ، لأنَّ التوثُّقَ فيه آكدُ ؛ لأنَّه قد لا يفي بالشرطِ ، واغْتُفِرَ تقَدُّمُ أحدِ طَرَفيه على ثُبوتِ الدّيْنِ لِحاجَةِ التوثُّقِ .

قال القاضي في صورَةِ البيعِ : ويُقَدَّرُ وُجوبُ الثَّمَنِ ، وانعِقادُ الرَّهْنِ عَقِبَه كما لو قال : أعتِق عبدَك عَنِّي على كذا فأعتقَه عنه ، فإنَّه يُقَدَّرُ المِلْك له ثُم يعتِقُ عليه لاقتِضاءِ العِتْقِ تقَدُّمَ المِلْكِ ، وفرَّقوا بين جوازِ المزجِ هنا ، وعَدَمِ جوازِه في الكِتابَةِ مع البيعِ كأنْ قال لِعبدِه : كاتبْتُك على ألفِ دِرهَمٍ ، وبعتُك هذا الثوبَ بمِائَةِ دِرهَمٍ فقال قَبِلْت الكِتابَةَ ، والبيعَ بأنَّ الرَّهْنَ من مَصالِحِ البيعِ والقَرضِ ، ولِهذا جازَ شرطُه فيهما مع امتِناعِ شرطِ عُقِدَ في عَقدٍ ، وليس البيعُ من مَصالِحِ الكِتابَةِ ، وبأنَّ العبدَ لا يصيرُ أهلًا لِمُعامَلَةِ سَيِّدِه حتّى تتِمَّ الكِتابَةُ ، وإنَّما اشترَطَ تأخُرَ طَرَفيِ الرَّهْنِ عَمَّا ذكرَ بالمعنَى المذكُورِ ليتحَقَّقَ سَبَبُ ثُبوتِ الدّيْنِ من كُلٍّ من العاقِدَيْنِ ، فلو انتفى ذلك لم يصِحَّ العقدُ ، وعلى ما قَرَّرته هنا في قولِه : بشرطِ تأخُرِ الطَّرَفيْنِ يُحمَلُ كلامي في شرحِ البَهْجَةِ ؛ إذ لا يتأتَّى تأخُرُ كُلٍّ من طَرَفيِ الرَّهْنِ عن كُلٍّ من طَرَفيِ الآخَرِ .

(ولو قال : بعتُك أو زَوَّجتُك أو آجَرتُك بكذا على أن ترهَنَني كذا فقال) الآخَرُ : (اشتريت أو تزوَّجت أو تاجَرتُ) يعني استأجَرت (ورَهَنت صَحَّ) ، وإن لم يقُلِ الأولُ بعدَه ارتهَنت أو قَبِلت (لِتضَمُّنِ هذا الشرط الاستيجابَ) ، وقيلَ : لا يصِحُّ حتّى يقولَ الأولُ ذلك ، والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه [1] .

= إذْ غيرُ المضمونَةِ كالوديعَةِ لا يصِحُّ ضَمانُها قَطْعًا .

(١) (قولُه : والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه) وقال السُّبكيُّ : إنَّه أشهَرُ الوجهَيْنِ ورَجَّحَه في المُهِمَّات وقال : إنَّه المشهورُ عندَ الأصحاب .

الشرطُ (الثـالِثُ : كونُه لازمًـا (١) فلا يصِحُّ بـدَيْنِ كِتابَـةٍ)، لأنَّ الـرَّهْنَ لِلتَّوثُّقِ ، والمكاتِبُ مُتمَكِّنٌ من إسقاطِ النَّجمِ مَتى شاءَ فلا معنى لِتوثيقِه (ولا) بدَيْنِ (جِعالَةٍ قبلَ الشُّروعِ ، وكذا) بعدَه (قبلَ الفراغِ) (٢) من العمَلِ ، لأنَّ لِعاقِدَيْها فسْخَهـا فيسقُطُ به الجُعْلُ / وإنْ لَزِمَ الجاعِلَ بفسْخِه وحدَه أُجْـرَةُ مِثْلِ العمَلِ ، ١٥١/٢ وفـارَقَ الرَّهْنَ بالثَّمَنِ في زَمَـنِ الخيـارِ بأنَّ مُوجِـبَ الثَّمَـنِ البيعُ ، وقـد تمَّ بخِلافِ مُوجِب الجُعْلِ ، وهو العمَلُ ، وبأنَّ الثَّمَنَ وضَعَه على اللُّزومِ كما سَيأْتي بخِلافِ الجُعْلِ بل لم يثْبُتْ شيءٌ منه في بعضِ صورِه ، أمَّا بعدَ الفراغِ فيصِحُّ لِلُزومِ الدَّيْنِ قال الإسْنَوِيُّ ، وغيرُه : ولا يُغْني عن الثَّابتِ اللازِمُ ، لأنَّ الثُّبوت مَعناه الوُجودُ في الحالِّ ، واللُّزومُ ، وعَدَمُه صِفةٌ لِلدَّيْنِ في نفسِه لا يتوقَّفُ صِدْقُه على وُجودِ الدَّيْنِ كما يُقالُ : دَيْنُ القَرضِ لازمٌ ، ودَيْنُ الكِتابَةِ غيرُ لازمٍ فلو اقتصَرَ على الدَّيْنِ اللازِمِ لو رَدَّ عليه (٣) ما سَيقترِضُه ، ونَحوه مِمَّا لم يثْبُتْ (، ويصِحُّ بالأُجْرَةِ قبلَ الانتِفاعِ في إجارَةِ العيْنِ) ، وبالصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ ، وإنْ كانا غيرَ مُستقِرَّيْنِ كالثَّمَنِ قبلَ قبضِ المبيعِ ، وخرج بإجارَةِ العيْنِ المصرّحِ بها من زيادَتِه (٤) الأُجْرَةُ في إجارَةِ الذِّمَّةِ لِعَدَمِ لُزومِها .

(و) يصِحُّ (بالمنفعَـةِ في إجـارَةِ الذِّمَّةِ لا) بها في إجـارَةِ (العيْنِ) ، لأنَّها في الأُولى دَيْنٌ بخِلافِها في الثانيـةِ (و) يصِحُّ (بـالثَّمَنِ قبـلَ قبضِ المبيعِ ، و) به (في مُـدَّةِ الخيارِ) ، وإنْ كـان غيرَ مُستقِرٍّ (وبمـالِ المسابَقَـةِ لأنَّ أصلَ هـذه العُقـودِ

(١) (قولُه : الثالِثُ : كونُه لازمًا) هذه الشُّروطُ تنطَبِقُ على أثمانِ البياعات وما في الذِّمَّةِ من سَلَمٍ أو قَرضٍ أو صُلحٍ أو حَوالَةٍ أو ضَمانٍ أو أُجرَةٍ أو مَهْرٍ أو عِوضِ خُلعٍ أو غَرامَةِ مُتلَفٍ أو أرشِ جِنايَةٍ ، لأنَّ اللهَ تعالى نَصَّ على جَوازِ الرَّهْنِ في ثَمَنِ المبيعِ ، والمعنَى فيه كونُه حَقًّا ثابتًا فقِيسَ عليه ما في مَعناه .

(٢) (قولُـه : وكذا قبلَ الفراغِ) فإنْ كـان بعدَ الفراغِ من العمَلِ صحَّ قَطْعًا قولُه : وبأنَّ الثمَنَ وضعَه على اللُّزومِ) أي : يئُولُ إلى اللُّزوم بنفسِه .

(٣) (قولُـه : فلو اقتصَرَ على الدَّيْنِ اللازِمِ لـو رُدَّ عليه إلخ) لا يرِدُ ذلك لِخُروجِه بالدَّيْنِ إذ إطْلاقُ الدَّيْنِ عليه مَجازٌ ليس بحَقِيقَةٍ ، وقال ابنُ الصَّلاحِ : دَلالَةُ الالتزام لا يُكْتفى بها في المخاطَبات وهما وصْفانِ مَقصودانِ يُحترَزُ بهما عن عَدَمِ الثُّبوت واللُّزوم .

(٤) (قولُـه : وخَرَجَ بإجارَةِ العيْنِ المُصَرَّحِ بها من زيادَته إلخ) الرَّهْنُ شُرِعَ وثيقَةً لِتحصيلِ ما ليس بحاصِلٍ ، والأُجرَةُ في إجارَةِ الذِّمَّةِ حاصِلَةٌ لاشتراطِ قبضِها في المجْلِسِ فلا يصِحُّ الرَّهْنُ بها قال شيخُنا : فصارَ ذلك بمَنْزِلَةِ العيْنِ والأعيانُ لا يُرهَنُ بها .

اللُّزومُ) ، وظاهرٌ أنَّ الكلامَ في رَهنِ الثمَنِ في مُدَّةِ الخيارِ حَيثُ قُلْنا مَلَكَ المشتري المبيعَ ليملك البائعُ الثمَنَ كما أشارَ إليه الإمامُ (١) ، ولا شَكَّ أنَّه لا يُباعُ المرهونُ في الثمَنِ ما لم تمضِ مُدَّةُ الخيارِ **(لا بالدِّيةِ قبلَ الحُلُولِ)** ؛ لأنَّها لم تثبُتْ ، ولِهذا تسقُطُ بطُرُقِ الموتِ ، والجُنُونِ ، وبتلَفِ المالِ بخِلافِها بعدَ الحُلُولِ لِثُبوتِها في الذِّمَّةِ **(ولا بالزَّكاةِ)** ، ولو بعدَ الحُلُولِ على ما اقتضاه كلامُه أخذًا من كلامِ الإسْنَوِيِّ لِعَدَمِ ثُبوتِها قبله ، ولِعَدَمِ الدَّيْنِ بعدَه لِتعَلُّقِها بالعينِ شركةً ، والذي في الأصلِ ، وغيرِه الجزمُ بالجوازِ بعدَه (٢) ، وهو المعتمَدُ لأنَّ الزَّكاةَ قد تجِبُ في الذِّمَّةِ ابتِداءً كزَكاةِ الفِطرِ (٣) ، ودَوامًا بأنْ يتلَفَ المالُ بعدَ الحولِ ، وبتقديرِ بَقائِه فالتعَلُّقُ به ليس على سَبيلِ الشركةِ الحقيقيَّةِ ؛ لأنَّ له أنْ يُعطي من غيرِها بغيرِ رِضا الفُقَراءِ قَطعًا فصارَتِ الذِّمَّةُ كأنَّها مَنظورٌ إليها ، ويُشترَطُ في الدَّيْنِ أيضًا أنْ يكونَ مَعلومًا لهما فلو جَهِلاه أو أحدُهما لم يصِحَّ كما في الضَّمانِ ذكَرَه المتولِّي ، وغيرُه (٤) ، ونَصُّ الأُمِّ

---

(١) (قولُه : كما أشارَ إليه الإمامُ) قال في البسيطِ : ولا شَكَّ أنَّه تفريعٌ على قولِ زَوالِ المِلكِ واستحقاقِ الثمَنِ .

(٢) (قولُه : والذي في الأصلِ وغيرِه الجزمُ بالجوازِ إلخ) كلامُ الأصلِ مَحَلُّه إذا تعلَّقَتْ بالذِّمَّةِ إذ المرهونُ لا يكونُ إلا دَيْنًا ، وكلامُ المُصَنِّفِ مَحَلُّه إذا لَم تتعلَّق بها فلا مُخالَفةَ بينهما ، ثم رَأيت الزَّركَشيَّ قال في الخادِمِ : ويُمكِنُ تصويرُها بما إذا أتْلَفها المالِكُ بعدَ الحولِ فإنَّها تنتقِلُ لِلذِّمَّةِ ، وكذلك زَكاةُ الفِطرِ .

(٣) (قولُه : كزَكاةِ الفِطرِ) عَجيبٌ فإنَّ صورةَ المسألةِ بعدَ تمامِ الحولِ والفِطرةِ لا حَولَ لها .

(٤) (قولُه : ذكَرَه المتولِّي وغيرُه) وجَزَمَ به في الأنوارِ قال النسائيُّ : في نُكَتِه : ينبَغي اعتبارُ كونِه مُعَيَّنًا حتى لا يصِحُّ بأحدِ الدَّيْنَيْنِ : وجَوابُه أنَّ ذلك مُستفادٌ من كونِه مَعلومًا إذ لا عِلمَ مع الإبهامِ قال في الأنوارِ : وكونُه مَعلومَ الوُجوب حتى لو كان يتوهَّمُ أنَّ عليه دَيْنًا فرَهَنَ به مالا حتى إنْ ظَهَرَ الوُجوبُ كان مَرهونًا بَطَلَ وإنْ ظَهَرَ الوُجوبُ . ا هـ ، وهذا تفريعٌ على مَرجوحٍ إذ العِبرَةُ في العُقودِ بما في نفسِ الأمرِ ، ويُشترَطُ أيضًا أنْ يُمكِنَ استيفاؤُه من عَينِ الرَّهنِ واحتُرِزَ به عن العمَلِ في الإجارَةِ إذا شَرَطَ أنْ يعمَلَ بنفسِه فإنَّه كالعينِ لا يجوزُ الرَّهنُ ، به وكونُه غيرَ الموثوقِ به ليخرُجَ ما لو تزَوَّجَ العبدُ امرأةً بصَداقٍ بإذنِ سَيِّدِه ثم ضَمِنَه السَّيِّدُ عن عبدِه ثم رَهَنَه به فإنَّه لا يصِحُّ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مَضمونٌ عنه فلا يجوزُ أنْ يُجعل رَهنًا فيه ؛ لأنَّ الوثيقَةَ عَيْنُ الموثوقِ به قال النسائيُّ : وفيه نَظَرٌ ولَم يُبَيِّنه قال صاحِبُ الذَّخائِرِ : والأمرُ كما قال ، لأنَّ الرَّهنَ لا يُنافي استمرارَ النِّكاحِ لِبَقاءِ مِلكِ السَّيِّدِ وعَدَمِ مِلكِ الزَّوجةِ ثم إذا آلَ الأمرُ إلى البيعِ فبَيْعُه أيضًا جائزٌ فلا وجهَ لِمَنعِه وقال في الكِفايةِ : في عَدَمِ الصِّحَّةِ في هذه الصُّورَةِ نَظَرٌ إذا قُلنا : إنَّ المهرَ لا يتعَلَّقُ برقَبَتِه .

يشهَدُ له ، وهذا قد يُعلمُ من قولِه .

(فرعٌ : ما جازَ الرَّهْنُ به جازَ ضَمانُه ، وعَكْسُه [١] **إلا أنَّ ضَمانَ رَدِّ الأعيانِ المضْمُونَةِ ، و)** ضَمانَ **(العُهْدَةِ جائِزٌ لا الرَّهْنَ بهما)** فلا يجوزُ لِعَدَمِ الدَّيْنِ ولأنَّ الرَّهْنَ يُوجِبُ الحجْرَ على الرَّاهِنِ في التصرُّفِ ، والضَّمانُ لا يُوجِبُه على الضَّامِنِ فيتضرَّرُ الرَّاهنُ دون الضَّامِنِ ، وفي معنى ما استثنَى ضَمانَ إحضارِ البَدَنِ ، وقد استثناه البُلْقينيُّ ، واستثنَى ابنُ خيرانَ ما لو ضَمِنَ من دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ فإنَّه يجوزُ بخِلافِ الرَّهْنِ به [٢] نَقَله الزَّركشيُّ عنه ، وأقَرَّه .

(فرعٌ : يجوزُ أنْ يزيدَ بالدَّيْنِ) الواحِدِ **(رَهْنًا)** على رَهْنٍ ؛ لأنَّه زيادَةُ توثِقَةٍ ثُم هو كما لو رَهَنَهما مَعًا **(لا عَكْسُه)** أي : لا يجوزُ أنْ يزيدَ بالرَّهْنِ الواحِدِ دَيْنًا [٣] على دَيْنٍ مع بَقاءِ رَهْنِه الأولِ [٤] ، وإنْ وفَّى بهما أو كانا من جِنْسٍ واحِدٍ كما لا يجوزُ رَهْنُه عند غيرِ المرتهنِ ، والفرقُ بين هذا وما قبله أنَّ هذا شغل مَشغولٍ [٥] ، وذاك شَغل فارِغٍ **(لكن لو جَنَى العبدُ)** المرهونُ **(ففداه المرتهنُ / بالإذنِ)** من ١٥٢/٢
الرَّاهنِ **(ليكونَ رَهْنًا بالجميعِ)** أي : مَرهونًا بالدَّيْنِ والفِداءِ **(جازَ ؛ لأنَّه من مَصالِحِ الرَّهْنِ)** لِتضَمُّنِه استبْقاءَه ، ولأنَّ بالجِنايةِ صارَ الرَّهْنُ جائزًا [٦] فيكونُ كالبيعِ في زَمَنِ الخيارِ يُزادُ في الثمَنِ والمثمَّنِ ، ومِثلُه لو أنفقَ المرتهنُ على المرهونِ بإذْنِ الحاكِمِ لِعَجزِ الرَّاهنِ عن النَّفقَةِ أو غَيبَتِه ليكونَ مَرهونًا بالدَّيْنِ والنَّفقَةِ كما سَيأتي ، وكذا لو أنفقَ عليه بإذْنِ المالِكِ كما نَقَله الزَّركشيُّ عن القاضي أبي الطَّيِّب والرُّويانيِّ ، ثُم قال : وفيه نَظَرٌ إذا قَدرَ المالِكُ على الإنفاقِ إذْ لا ضَرورَةَ بخِلافِ

---

(١) (قولُه : وعَكْسُه) يُؤخَذُ منه اشتراطُ كونِ المرهونِ به مَعلومًا .

(٢) (قولُه : بخلافِ الرَّهْنِ به إلخ) الوجه : الصِّحَّةُ في الرَّهْنِ كالضَّمانِ .

(٣) (قولُه : أي : لا يجوزُ أنْ يزيدَ بالرَّهْنِ الواحدِ دَيْنًا إلخ) شَمَلَ كلامُهم ما لو كان الرَّهْنُ مُستعارًا ثم رَهَنَه المُستعيرُ بدَيْنٍ آخَرَ من المُرتهنِ بإذْنِ المُعيرِ وإنْ قال بعضُ المُتأخِّرينَ : إنَّ الظَّاهرَ الجوازُ وشَمَلَ كلامُهم أيضًا ما إذا اختلَف جِنسُ الدَّيْنَيْنِ .

(٤) (قولُه : مع بَقاءِ رَهْنِه الأوَّلِ) بأنْ لَم يفسَخه المُرتهنُ .

(٥) (قولُه : إنَّ هذا شَغل مَشغول) أي : بعَقدٍ فلا ينتقِضُ بما إذا تكَرَّرَت الجِنايةُ من الرَّقيقِ الجاني فإنَّها تتعلَّقُ برَقَبَته مع اشتغالِ الرَّقبةِ ببَدَلِ الجِنايةِ الأُولى .

(٦) (قولُه : ولأنَّ بالجِنايةِ صارَ الرَّهْنُ جائزًا إلخ) ولأنَّ الأرشَ مُتعَلِّقٌ بالرَّقبةِ مع بَقاءِ الرَّهْنِ فإذا رَهَنَها به فقد عَلَّقَ بها ما كان مُتعَلِّقًا بها .

الجِنايةِ ، وسَبَقَه إلى نَحوِ ذلك السُّبكيُّ ، والأوجَه حَملُ ذلك على ما إذا عَجَزَ (١) .

(وإن اعترَف) الرَّاهنُ (أنَّه مَرهونٌ بعِشرينَ ثُم ادَّعَى أنَّه) رَهَنَه أولا (بعَشرَةٍ ثُم عَشرَةٍ) ، وتنازَعا (فالقولُ قولُ المرتهنِ) بيمينِه ؛ لأنَّ اعتِراف الرَّاهنِ يُقوِّي جانِبَه ، ولأنَّه مُدَّعي الصِّحَّةِ (فإن قال المرتهنُ) في جوابه : (فَسَخنا) الأولَ (وارتهَنت) منك (بالجميعِ) أي : بالعِشرينَ (صُدِّق الرَّاهنُ) بيمينِه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الفسخِ ، وهذا ما صححه البَغَوِيّ (٢) ، ومَيلُ الصَّيدَلانيِّ إلى تصديقِ المرتهنِ لاعتِضادِه بقولِ الرَّاهنِ : رَهَنَ بعِشرينَ ، والترجيحُ من زيادَةِ المصنفِ ، وبه جَزَمَ صاحِبُ الأنوارِ لكنَّ الأقوى عند الرُّويانيِّ الثاني ، وهو ما رَجَّحَه السُّبكيُّ والأذرَعيُّ ، وغيرُهما قال الأذرَعيُّ : ولَعَلَّ البَغَوِيّ بَنَى ما صححه على طَريقَتِه من تصحيحِ قولِ مُدَّعي الفسادِ ، وعَلَّلَ الرُّويانيُّ ما رَجَّحَه بأنَّ دَعوى الرَّاهنِ أنَّا عَقدنا ثانيًا كالدّليلِ على حُصولِ الفسخِ بينهما ، وعَضَّدَه بقولِ الأصحاب في الصَّداقِ : (٣) إنَّ المرأةَ لو ادَّعَت عليه أنَّه نَكَحَها يومَ الخميسِ بألفٍ ، ويومَ السَّبتِ بألفٍ ، وطَلَبَت ألفينِ ، وأقامَت بَيِّنَةً بذلك لَزِمَه الألفانِ ، ولا يُقبَلُ قولُه أنِّي ما طَلَّقت بل جَدَّدت النِّكاحَ ، وبما لو قال : اشتريت منك هذا يكونُ إقرارًا بأنَّه كان له من قبلُ (فلو شَهِدا) أي : شاهدانِ (أنَّه رَهَنَ بألفٍ ثُم بألفينِ (٤) لم تُسمَع) شَهادَتُهما فلا يحكُمُ الحاكِمُ (حتّى يقولا ، وفسَخا) أي المتراهنانِ . وفي نُسخَةٍ ، وفسَخَ (الأولُ) ، وهذا رَتَّبَه البَغَوِيّ كما صرّحَ به الشيخانِ على ما صحّحه فيما مَرَّ .

قال السُّبكيُّ ، وغيرُه : ونحن قد ضَعَّفنا قوله فيما إذا سَبَقَ إقرارُه ، وفي هذِه لم يسبق إقرارٌ فلا وجهَ إلا تخريجُها على دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ ، فمَن صَدَّقَ مُدَّعي

---

(١) (قولُه : والأوجَه : حَملُ ذلك على ما إذا عَجَزَ) قال شيخُنا : المُعتَمَدُ أنَّه لا فرقَ بين العجزِ وغيرِه .

(٢) (قولُه : وهذا ما صحَّحه البغَوِيّ) قال شيخُنا : هو الأصحُّ .

(٣) (قولُه : وعَضَّدَه بقولِ الأصحاب في الصَّداقِ إلخ) الفرقُ بينهما واضحٌ ، فإنَّ عَدَمَ لُزومِ صَداقٍ بتجديدِ النِّكاحِ مع بَقائِه لا يكادُ يُشبه على أحدٍ بخلافِ عَدَمِ صِحَّةِ رَهنِ المرهونِ عندَ المُرتهنِ بدَينٍ آخَرَ .

(٤) (قولُه : فلو شهدا أنَّه رَهَنَ بألفٍ ثم بألفينِ إلخ) قال في الأنوارِ : نَعَم لو قال عندَ الشهادَةِ كان مَرهونًا بعَشَرَةٍ فجَعَلته بعِشرينَ ونَقَلَ الشاهدانِ ما سَمِعا فهل يحكُمُ الحاكِمُ المُعتَقِدُ لِعَدَمِ الإلحاقِ بأنَّه رَهَنَ بعِشرينَ وجهانِ . ا هـ . وأصحُّهما كما قال ابنُ العِمادِ أنَّه لا يجوزُ .

الفسـادِ ، وهـو اختيارُ البَغَوِيّ يُناسِبُه التـوقُّفُ في الحُكْمِ حتّى يُصَرّحَ الشاهـدانِ بالفسخِ، ومَنْ صَدَّقَ مُدَّعي الصِّحَّةِ ، وهو الأصَحُّ يُناسِبُه أنْ يُحكمَ هنا بأنَّه رَهَـنَ بألفَيْنِ انتهَى . وقد يُقالُ في قولِهم : «لم يسبق في هذِه إقرارٌ» نَظَرَ .

(فـرعٌ : وإنْ رَهَـنَ) شَيْئًا (بعَشَرَةٍ ثُمَّ بعَشَرَةٍ) ليكونَ رَهْنًا بهما (وأشهَدَ شاهدَيْنِ أنَّه مَرهونٌ (بعِشرينَ فشَهِدا بـالإقرارِ) أي : بإقرارِه (جازَ مُطلَقًا) أي : سواءٌ اتَّجَرَ الحال أم لا وسواءٌ فيما إذا عَرَفاه اعتقَدا جوازَه أم لا عَمِلا بما تحمَّلاه (وإنْ عَلِما الحالَ) بالمشاهَدَةِ (واعتقَـدا فسادَه) وشَهِـدا بالعقدِ (لم يشهَدا إلا بـالعشَرَةِ) أي : بأنَّه مَرهونٌ بعَشَرَةٍ لا بعِشرينَ ، وعِبارَةُ الأصلِ لم يشهَدا إلا بما جَرَى باطِنًا فتصَدُقُ [١] بأنَّه رَهَنَ بعَشَرَةٍ ثُمَّ بعَشَرَةٍ ، وإن اعتقَدا صِحَّته بَيَّنا الحال ، وليس لهما أنْ يشهَدا بأنَّه مَرهونٌ بعِشرينَ لأنَّ الاجتهادَ إلى الحاكِمِ لا إليهما ذَكرَه في الرَّوضَةِ ، ومَفهومُ كلامِ المصنفِ يُخالِفُه ، وفي نُسخَةٍ بَدَلَ ما ذُكِرَ فشَهِدا بما سَمِعا حُكِمَ بشَهادَتِهما، وإنْ عَلِما الحال لم يشهَدا إلا بالعشَرَةِ فإن اعتقَدا جوازَه بَيَّنـا الحال ، وإنْ شَهِـدا بالإقرارِ جازَ مُطلَقًا .

وهذِه النُّسخَةُ ، وإنْ وافقَتِ الأصلَ لكنَّهما مَعًا مُوهمانِ أنَّه يجوزُ لِلشَّاهـدِ أن يشهَدَ بالعقـدِ إذا سَمِعَ إقرارَ العاقِدِ به ، وليس كذلـك ، ومُتعَرِّضانِ لِجوازِ الحُكْمِ بما سَمِعَه الشاهدُ أنَّ حالَةَ عَدَمِ عِلمِهما بالحالِّ ، وهو مَعلُومٌ من بابه مع أنَّهما لم يتكلَّما عليه بالنِّسبَةِ لِحالَةِ عِلمِهما بالحالِّ بل انتقَلا إلى بَيانِ جوازِ الشهادَةِ بالرَّهْنِ ، وعَدَمِ جوازِها ، ولعَلَّه عَدَلَ عن هذِه النُّسخَةِ إلى تِلْك ، ليسلمَ من الإيهامِ وليكونَ الكلامُ في نَوعٍ واحِدٍ مُستوفًى ، وهو جوازُ الشهادَةِ بالرَّهْنِ ، وعَدَمُ جوازِها به على أنَّ في كلامِ الرَّوضَةِ خَلَلًا يُعرَفُ بمُراجَعَةِ نُسَخِ الرَّافعيِّ المعتمَدَةِ (ولو رَهَنَ الوارِثُ التركَةَ المستغرقَةَ) بل وغيرَ المستغرقَـةِ (لِلدَّيْنِ) الذي على مَيِّتِه (من غريمِ الميِّتِ بـدَيْنٍ آخَرَ لم يصِحَّ) كالعبدِ الجاني ، وتنزيلا لِلرَّهْنِ الشرعيِّ مَنزِلَةَ الرَّهْنِ الجَعليِّ .

(الـرُّكْنُ الثـالِثُ : الصِّيغَـةُ [٢] ويُشـتـرَطُ) الأولى : فيُشـتـرَطُ (الإيجـابُ

---

(١) (قولُه : فتَصْدُقُ) أي : عِبارَةُ الأصلِ .

(٢) (قولُه : الرُّكْنُ الثالِثُ : الصِّيغَةُ) لو قال : دَفعت هذه وثيقَةً بحَقِّك فقال : قبلت صحَّ رَهْنًا على أصحِّ الوجهَيْنِ ، وشَمَلَ إطلاقُه ما لو كان مَشروطًا في بَيْعٍ فلا يُغْني شرطُه عن الصِّيغَةِ .

والقَبولُ) (١) كالبيعِ (والقولُ في المعاطاةِ والاستيجابِ) مع الإيجابِ ، والاستقبالِ مع القَبولِ (فيه) أي : في الرَّهنِ (كالبيعِ) وقد مرَّ بيانُه ، وصورةُ المعاطاةِ هنا أنْ يقولَ : أقرِضْني عَشرَةً لأُعطيكَ ثوبي هذا رَهنًا فيُعطيه العشرَةَ ويُقبِضُه الثوبَ ذكرَه المتولِّي .

١٥٣/٢ (والرَّهنُ قِسمانِ رَهنُ تبرُّعٍ) ، ويُسمَّى رَهنًا مُبتدَأً (ورَهنٌ / مَشروطٌ في عَقدٍ) كبعتُكَ داري أو أجَرتُكها بكذا على أنْ ترهَنَني بها عبدَكَ فيقولُ : اشتريت أو استأجَرت ورَهَنت ، وقد مَرّ .

(فرعٌ :) لو (شرَطَ في الرَّهنِ ما يقتضيه كبيعِه) أيِ الرَّهنِ بمعنى المرهونِ (في الدَّينِ أو ما فيه مصلحَةٌ للعَقدِ كالإشهادِ) به (لم يضُرَّ) لِما مَرَّ في البيعِ (وكذا ما لا غَرَضَ فيه كأكلِ الهَريسَةِ) على ما مَرَّ فيه ثَمَّ (وما سِوى ذلك مِمَّا ينفعُ أحدَهما ، ويضُرُّ الآخَرَ كشرطِ المنافعِ للمُرتهنِ أو شرطِ أنْ لا يُباعَ يبطُلُ به الرَّهنُ) لإخلالِ الشرطِ بالغرَضِ منه في الثاني ، ولِما فيه من تغييرِ قَضيَّةِ العقدِ في الأولِ (مع بيعٍ شرَطَ فيه) الرَّهنَ المذكورَ لِذلك ، ولأنَّ المشروطَ استِحقاقُه يصيرُ جُزءًا من الثَّمَنِ وهو مَجهولٌ (فإنْ قَيَّدَ المنفعَةَ) المشروطَةَ للمُرتهنِ (بسَنَةٍ) مثلا (فهو بيعٌ وإجارَةٌ) في صَفقَةٍ (وهو جائِزٌ) كما مَرَّ ، وما قيلَ من أنَّ هذا على طَريقَةٍ ضَعيفةٍ في صورَةِ : اشتريت منك هذا الزَّرعَ بشرطِ أنْ تحصُدَه ، والمذهَبُ ثَمَّ القَطعُ بالبُطلانِ (٢) يُرَدُّ بأنَّه إذا قَيَّدَ المنفعَةَ ثَمَّ بمُدَّةٍ بطَلَ العقدُ بخِلافِه هنا .

(فرعٌ) لو (رَهَنَ الأصلَ) من نَحوِ شاةٍ أو شَجَرَةٍ أو عبدٍ (وشرَطَ كونَ الحادِثِ) منه (ومن ولَدٍ وثَمَرَةٍ وكسبٍ مَرهونًا بطَلَ الرَّهنُ) ، لأنَّه مَجهولٌ ومَعدومٌ (و) بَطَلَ (بيعٌ شرَطَ فيه) ذلك لِبُطلانِ الشرطِ ، وتعبيرُه بهذا أعَمُّ من كلامِ أصلِه فإنَّه فرَضَ ذلك في إكسابِ العبدِ (ولو أقرَضَه) شَيئًا (بشرطِ رَهنٍ) به (وتكونُ مَنافعُه) أي : الرَّهنِ بمعنى المرهونِ (للمُقرِضِ بَطَلَ القَرضُ) لأنَّه جَرَّ مَنفعَةً له (و) بَطَلَ (الرَّهنُ) لِبُطلانِ ما شرَطَ فيه ، والتصريحُ بهذا من زيادَتِه (أو) بشرطِ رَهنٍ على (أنْ تكونَ) مَنافعُه (مَرهونَةً) أيضًا (بَطَلَ الرَّهنُ) إذ لا

---

(١) (قولُه : ويُشترَطُ الإيجابُ والقبولُ) لأنَّه عقدٌ ماليٌّ فافتقَرَ إليهما

(٢) (قولُه : والمذهَبُ ثَمَّ القطعُ بالبُطلانِ) إنَّما بَطَلَ الشِّراءُ هناكَ لاشتمالِه على شرطِ عملَ له فيما لَم يملِكه بعدُ .

يصِحُّ رَهْنُ المنافعِ كما مَرَّ (لا القَرضُ) ، لأنَّه لا يجُرُّ بذلك نفعًا للمُقرضِ ، ويُفارِقُ بُطْلانَ البيعِ فيما مَرَّ أولَ الفرعِ بأنَّ القَرضَ مندوبٌ إليه فيُغتفرُ فيه ما لا يُغتفرُ في غيرِه .

(فرعٌ) : لو (أقرضَه ألفًا وشرَطَ أنْ يرهَنَه به ، وبألفٍ قَديمٍ) أو بالقَديمِ فقط كما فُهِمَ بالأولى ، وصرّحَ به الأصلُ (فالقَرضُ باطِلٌ) لأنَّه جَرَّ مَنفعَةً له (والرَّهْنُ به) أي : بألفِ القَرضِ (لا يصِحُّ) لِعَدَمِ الدَّيْنِ (فإنْ رَهَنَه بالألفَيْنِ) كما شرَطَ (وقد تلِفَ ألفُ القَرضِ صَحَّ) الرَّهْنُ (فيهما) لِصَيْرورَةِ ألفِ القَرضِ دَيْنًا (وإلا) أي وإنْ لم تتلف ألفُ القَرضِ (ففي الألفِ القَديمِ) يصِحُّ الرَّهْنُ كما لو رَهَنَ به وحدَه دون ألفِ القَرضِ ، لأنَّه لم يملِكْه ، وإنَّما هو مَضمُونٌ في يدِه ، والأعيانُ لا يُرهَنُ بها كما مَرَّ (ويكونُ) المرهونُ (جَميعُه رَهْنًا به) أي بالألفِ القَديمِ (لأنَّ الرَّهْنَ) بمعنى المرهونِ (وثيقَةٌ بكُلِّ جُزْءٍ من الدّيْنِ) ولا فرقَ في صِحَّةِ الرَّهْنِ بالألفِ القَديمِ بين أنْ يعلمَ الرَّاهنُ فسادَ الشرطِ ، وأنْ يظُنَّ صِحَّته ، وهو الأصَحُّ في الرَّوضَةِ بخِلافِ ما لو أدَّى دَيْنًا ظَنَّه عليه ثُم بانَ خِلافُه لا يصِحُّ الأداءُ ؛ لأنَّ أداءَ الدّيْنِ يستدْعي سَبْقَ ثُبوتِه ، وصِحَّةُ الرَّهْنِ لا يستدْعي سَبْقَ الشرطِ قاله الرَّافعيُّ ، وبخِلافِ ما مَرَّ من عَدَمِ صِحَّةِ البيعِ المشروطِ به بيعٌ آخَرُ عند ظَنِّ صِحَّةِ الشرطِ ؛ لأنَّ البيعَ مَقصودٌ في نفسِه [١] ، والرَّهْنُ مَقصودٌ لِلتَّوثُّقِ فهو كالتابعِ ، ويُغتفرُ في التابعِ ما لا يُغتفرُ في غيرِه .

(فصلٌ : كما لا يدخُلُ الشجَرُ ، والبناءُ في رَهْنِ الأرضِ) كما مَرَّ في بيعِ الأُصولِ والثِّمارِ (لا يدخُلُ المغرِسُ والأُسُّ والثَمَرُ) ، ولو غيرَ مُؤَبَّرٍ (والصُّوفُ) وإنْ لم يبلُغْ أوانَ الجزِّ في رَهْنِ الشجَرِ والجِدارِ والغنَمِ (بطَريقِ الأَولى) لِضَعفِ الثَّلاثَةِ عن الاستِتْباعِ من حَيْثُ إنَّ الشجَرَ والجِدارَ تابعانِ للمَغرِسِ والأُسِّ ، وإنَّ الغنَمَ لا يُرادُ دَوامُ صوفِها عليها بخِلافِ الأرضِ بالنِّسبَةِ لِلشَّجَرِ والبناءِ اللذَيْنِ فيها ، وكالصُّوفِ اللبنُ كما صرّحَ به الأصلُ ، والمرادُ بالأُسِّ هنا الأرضُ التي تحت الجِدارِ لا الأُسُّ الذي من نفسِ الجِدارِ كما ذَكرَه الزَّركشيُّ (وغُصْنُ الخِلافِ [٢] ، ووَرَقُ

---

(١) (قولُه : لأنَّ البيعَ مَقصودٌ في نفسِه إلخ) فرَّقَ بعضُهم بينهما بأنَّ البيعَ يُؤدِّي إلى جَهالَةِ الثمَنِ وأمَّا الرَّهْنُ فإنَّه مُجرَّدُ توثُّقٍ فلا يُؤثِّرُ الظَّنُّ في الصِّحَّةِ .

(٢) (قولُه : وغُصْنُ الخلافِ) أي : البانِ .

الآسِ) [1] ، وهو المرسينُ (والفِرصادُ) ، وهو التُوتُ الأحمَرُ ، والمرادُ مُطْلَقُ التُوتِ الشامِلِ لِغيرِ الأحمَرِ المفهومُ بالأولى ، ونَحوُ ذلك مِمَّا يُقصَدُ غالِبًا كورَقِ الحِنَّاءِ ، والسِّدْرِ (كالتمرِ) فلا يدْخُلُ في رَهْنِ أصلِها بخِلافِ ما لا يُقصَدُ غالِبًا كغُصْنِ غيرِ الخِلافِ .

(فصلٌ :) لو (رَهَنَه الظَّرف بما فيه) كأنْ قال : رَهَنْتُك هذا الحُقَّ بما فيه (وهو) أي : ما فيه (مَعلُومٌ) يقصِدُ بالرَّهْنِ (صَحَّ فيهما ، وإلا) أي : وإنْ لم يكنْ
١٥٤/٢ مَعلُومًا (ففي الظَّرفِ) يصِحُّ (إنْ كان مَقصودًا بالرَّهْنِ)/ بأنْ كان له قيمَةٌ تُقصَدُ به (وتفرَّقَتِ الصَّفقَةُ) أي فيصِحُّ في الظَّرفِ دون المظروفِ (وإنْ لم يقصِدْ) أيِ : الظَّرف بالرَّهْنِ (فالمرهونُ ما فيه فقط إنْ علم) ، وكان يقصِدُ بالرَّهْنِ ، والتصْريحُ بقولِه من زيادَتِه إنْ عَلِمَ لا بُدَّ منه في الحُكْمِ لكنَّه لا يُناسِبُ المقَسَّمَ الذي هو قولُه ، وإلا (وإنْ كان ما فيه) أي : في الظَّرفِ الذي لا يُقصَدُ بالرَّهْنِ (لا يصِحُّ رَهْنُه بَطَلَ فيهما) ، وفي كلامِ الرَّوضَةِ هنا خَلَلٌ سَلِمَ منه كلامُ المصنفِ (فإنْ رَهَنَه) أيِ الظَّرف وكان يقصِدُ بالرَّهْنِ (دون ما فيه صَحَّ) الرَّهْنُ فيه (وإنْ قَلَّتْ : قيمَتُه ؛ لأنَّه جَعله المقصودَ) بالرَّهْنِ دون ما فيه (فإنْ أطْلَقَ رَهْنَ الظَّرفِ ، ولم يتعَرَّضْ لِما فيه ومِثله) أي : الظَّرفِ مِمَّا (يقصِدُ) بالرَّهْنِ وحدَه (فهو المرهونُ دون ما فيه، وكذا لو لم يقصِدْ) بالرَّهْنِ (إنْ تَمولَ وإلا) أي : وإن لم يتمَولْ (فهل يلغو) أيِ : الرَّهْنُ ؛ لأنَّه لا قيمَةَ له (أم يقَعُ على المظروفِ) ، لأنَّ ظَرفَه حينَئِذٍ كالعدَمِ (وجهانِ) أوجَهُهما الأولُ [2] كما يُشيرُ إليه كلامُ الأصلِ (، ويأتي في بيعِ الخريطَةِ) مثلا (بما فيها) أو وحدَها أو مُطْلَقًا (ما) تقرَّرَ (في الرَّهْنِ حَرفًا بحَرفٍ) وهو ظاهِرٌ .

(الرُّكْنُ الرَّابعُ : العاقِدانِ ، وشرطُهما نُفوذُ التصَرُّفِ) كما في البيعِ ، ونَحوِه

---

(١) (قولُه : وورَقُ الآسِ إلخ) في تجرِبةِ الرُّويانيِّ كُلُّ شَجَرَةٍ يقصِدُ ورَقَها كالآسِ والتُوتِ أو يقصِدُ غُصْنَها كالخلافِ حُكْمُها حُكْمُ الصَّدَفِ لا تدخُلُ في الرَّهْنِ قال الأذْرَعيُّ : وهل يدخُلُ الورَقُ مُطْلَقًا أو في حالِ رُطوبَته حتى لو رَهَنَ الشجَرَ حالَ جَفافِه في الخريفِ يكونُ حُكْمُه حُكْمَ الغُصْنِ اليابسِ لَمْ أرَ فيه شيئًا نَعَم قال الإمامُ في الأوراقِ التي لا تُقطَعُ ولكنَّها تتناثَرُ في الخريفِ إنَّ الرَّهْنَ يتعَلَّقُ بها على ظاهِرِ المذْهَب وإذا جَمع منها ما جَمع كان بمَثابَةِ ما ينْتقِضُ من الدَّارِ المرهونَةِ .

(٢) (قولُه : أوجَهُهما الأوَّلُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

لكنَّ الرَّهنَ نَوعُ تبرُّعٍ (١) فإنْ صَدرَ من أهلِه في مالِه فذاك ، وإلا فالشرطُ وُقوعُه على وجه المصْلحَةِ (٢) كما قال **(فإنْ رَهَنَ وليٌّ ، ولو أبًا لمحجورٍ عليه)** بصِبًا أو جُنُونٍ أو سَفهٍ **(فشرطُه المصْلحَةُ كأنْ يشتري له ما يُساوِي مِائَتينِ بمِائَة نَسيئَةً ، ويرهَنَ بها من أمينٍ يجوزُ إيداعُه ما يُساوِي مِائَةً)** إذ الغِبْطَةُ ظاهِرَةٌ بتقديرِ سَلامَةِ المرهونِ ، وإنْ تلِف كان فيما اشتراه جابرًا **(لا)** ما يُساوِي **(أكثَرَ)** من مِائَةٍ حتّى لو لم يرضَ البائعُ إلا برَهْنٍ ما يزيدُ عليها امتنعَ الشِّراءُ إذ قد يتلَفُ المرهونُ فلا يُوجَدُ جابرٌ **(وإنْ كان ممَّا لا يتغَيَّرُ)** عادةً كعَقارٍ فإنَّه لا يجوزُ أنْ يرهَنَه فيما ذُكِرَ بأكثَرَ مِمَّا يُساوِي مِائَةً لأنَّ الرَّهْنَ يمنعُ التصرُّف كيف كان وتعبيرُه بالتغيُّرِ أولى من تعبيرِ أصلِه بالتلَفِ ، وخرج بقولِه من أمينٍ يجوزُ إيداعُه غيرَه فلا يجوزُ الرَّهْنُ منه إذ لا يُؤمَنُ أنْ يُتلِف المرهونَ أو يجحدَه ، وهذا القَيدُ جارٍ في بَقيَّةِ الصُّورِ فلو أخَّرَه عنها كأصْلِه كان أولى **(أو)** كان **(يخافُ)** ، وفي نُسْخَةٍ عَطفًا على كأنْ يشتري ، ومِثْلُ أنْ يخاف **(تلفَه)** أي تلَفَ مالِه **(بنَهْبٍ أو حَريقٍ)** أو نَحوِه . **(فلَه أنْ يشتري له عَقارًا)** مِمَّنْ لا يمتدُّ ذلك إليه **(ويرهَنَ بثَمَنِه إن اشترَطَ)** مالِكُ العقارِ **(الرَّهْنَ)** بأنْ لم يبعه إلا بشرطِ الرَّهْنِ **(وتعَذَّرَ الإيفاءُ)** لِلثَّمَنِ **(حالاًّ)** ، لأنَّ الإيداعَ حينَئِذٍ مِمَّنْ لا يمتدُّ ذلك إليه جائزٌ فهذا أولى قال في الأصلِ : ولو اقترَضَ له، والحالَةُ هذِه ، ورَهَنَ به لم يجُزْ قاله الصَّيدَلانيُّ ، لأنَّه يخافُ التلَف على ما يقترِضُه خَوفه على ما يرهَنُه ، ولَك أنْ تقولَ إنْ لم يجِدْ مَنْ يستودِعُه ، ووجَدَ مَنْ يرتهِنُه ، والمرهونُ أكثَرُ قيمَةً من القَرضِ وجَبَ أنْ يجوزَ رَهْنُه (٣) انتهى .

قال البُلْقينيُّ (٤) ما أطلَقَه الصَّيدَلانيُّ هو الصَّوابُ لأنَّ ما يقترِضُه الوليُّ ، والحالَةُ هذِه (٥) رُبَّما امتدَّ إليه النَّهبُ ، لأنَّه مِمَّنْ يخافُ ، والمرهونُ رُبَّما يتلَفُ على

---

(١) (قولُه : لكنَّ الرَّهنَ نوعُ تبرُّعٍ) لأنَّه حَبسُ مالٍ بغيرِ عِوضٍ .

(٢) (قولُه : وإلا فالشرطُ وُقوعُه على وجه المصْلَحة) فلا يرهَنُ الوليُّ مالَ مَحجورِه ولا يرتهِنُ له إلا لها أمَّا الرَّهْنُ ؛ فلأنَّه حَبسُ مالِه بغيرِ عِوضٍ وأمَّا الارتهانُ فلأنَّ الوليَّ في حالِ الاختيارِ لا يُقرِضُ ولا يبيعُ إلا بحالٍّ مَقبوضٍ قبلَ التسليمِ .

(٣) (قولُه : وجَبَ أنْ يجوزَ رَهْنُه) ووجهٌ أنَّ فيه حِفظًا لِلقدرِ الزَّائِدِ (منه) .

(٤) (قولُه : قال البُلقينيُّ) أي وغيرُه .

(٥) (قولُه : لأنَّ ما يقترِضُه الوليُّ والحالَةُ هذه إلخ) وهذا واضِحٌ فليتنبَّهْ له وقال في الخادِمِ : إنَّه الأقرَبُ وقال السُّبكيُّ : يحتمِلُ أنْ يُقال : إذا لَم يكُن على مَن يأخُذُه وديعَةً ضَرَرٍ في ....=

حُكْمِ الأمانَةِ فيبْقَى الدّيْنُ بحالِه فيُؤَدِّي إلى الضَّرَرِ بخِلافِ الوديعَةِ إذا وقَعَتْ لِمَن لا يمتدُّ إليه النَّهْبُ ، فإنَّها إذا تلِفتْ على حُكْمِ الأمانَةِ لا يبقَى دَيْنٌ ، وخرج بقولِهم ، ولم يبعه إلا بشرطِ الرَّهْنِ ممَّا إذا باعَه بدونِ ذلك فيمتنِعُ الرَّهْنُ لِقُدْرَتِه على الإيداعِ الخالِي عن تعلُّقِ الدّيْنِ بالمالِ (ومِثْلُ أنْ يقترِضَ لِمؤْنَتِه) أو مُؤْنَةِ مَنْ تلزَمُه مُؤْنَتُه كما فُهِمَ بالأولى من قولِه (أو مُؤْنَةِ مالِه) كإصْلاحِ ضِياعِه (مُرتقِبًا لِغَلَّةٍ ، وحُلُولِ دَيْنٍ ونَفاقٍ) مَتاعٍ (كاسِدٍ) بفتْحِ النُّونِ أي : رواجِه فله أنْ يرهَنَ بما اقترَضَه لِشيْءٍ من ذلك ، والواوُ بمعنى أو (وإلا) أي ، وإنْ لم يرتقِبْ شَيْئًا من ذلك (باعَ ما يرهَنُه) [١] ، ولا يقترِضُ .

ولمَّا فرَغَ من بَيانِ الرَّهْنِ له أخَذَ في بَيانِ الارتِهانِ له المعتبَرِ فيه أيضًا المصْلحَةُ فقال : (ولا يرتهِنُ له إلا إنْ تعَذَّرَ التقاضِي) لِدَيْنِه ممَّنْ هو عليه (أو باعَ مالَه مُؤَجَّلا) فيرتهِنُ فيهما وُجوبًا ، وإنَّما يجوزُ بيعُ مالِه مُؤَجَّلا (لِغِبْطَةٍ من أمينٍ غَنِيٍّ ، وبِإشهادٍ) ، و (بأجَلٍ قَصيرٍ في العُرفِ) فلا يتقَيَّدُ بسَنَةٍ (وبشرطِ كونِه) أي المرهونِ (وافيًا بالثَّمَنِ) فإنْ فُقِدَ شرطٌ ممَّا ذُكِرَ بَطَلَ البيعُ ، وقَضيَّةُ كلامِه بُطْلانُه بتركِ الإشهادِ [٢] ، وفيه وجهانِ في الرَّوضَةِ بلا ترجيحٍ قال في الكِفايةِ ظاهِرُ المذْهَبِ المنعُ ، وبه قال الجُمهورُ ، ونَقَله عنه الزَّركشيُّ ، وأقَرَّه (وإنْ باعَ مالَه) نَسيئَةً (أو أقرَضَه لِنَهْبٍ ارتهَنَ جوازًا) [٣] إنْ كان قاضيًا ، وإلا فوُجوبًا [٤] ، وقولُه : جوازًا من زيادَتِه (فإنْ خاف تلَفَ المرهونِ ، والحاكِمُ يرَى سُقوطَ الدّيْنِ بتلَفِه فالأولى تركُه) [٥] ، وأولى / من عِبارَتِه قولُ الأصلِ ، والأولى أنْ لا يرتهِنَ إذا خيفَ تلَفُ ٢/١٥٥

= قبولِه ينبَغي أنْ يجِبَ عليه صيانَةً لِمالِ اليتيمِ ويصيرُ ذلك من فُروضِ الكِفاياتِ وحينَئِذٍ يتَّجِه أنْ يُقالَ : لا يصِحُّ الرَّهْنُ كما أطْلَقَه الصَّيْدَلانيُّ قال الغزِّي : وقد صَرَّحَ في أوَّلِ الوديعَةِ بأنَّه يجِبُ قبولُ الوديعَةِ في هذه الحالَةِ وإنَّها من فُروضِ الكِفاياتِ ولا فرقَ بين مالِ اليتيمِ وغيرِه ومُقتضَى ذلك أنَّه لو كان ثَمَّ جَماعَةٌ وطَلَبَتْ من واحدٍ بعَيْنِه أنَّه يجِبُ عليه القبولُ على المذْهَبِ كَنَظائِرِه .

(١) (قولُه : وإلا باعَ ما يرهَنُه) أي : باعَ وُجوبًا .

(٢) (قولُه : وقَضيَّةُ كلامِه بُطْلانُه بتركِ الإشهادِ) وهو الأصَحُّ .

(٣) (قولُه : ارتهَنَ جَوازًا إلخ) عقارًا فإنْ لَم يجِد مَنْ يرهَنُ عقارًا فمَنقولا .

(٤) (قولُه : وإلا فوُجوبًا) ولا يقومُ الضَّامِنُ والكَفيلُ مَقامَه .

(٥) (قولُه : فالأولى تركُه) هذا في جَميعِ صورِ ارتهانِه .

المرهونِ لأنَّه قد يتلَفُ ، ويرفعُه إلى حاكِمٍ يرى سُقوطَ الدَّينِ بتلَفِ الرَّهْنِ .

(ولِمُتولِّي الطَّرَفيْنِ) في البيعِ ، ونَحوِهِ ، وهو الأبُ ، والجدُّ (أنْ يرهَنَ لِلطِّفلِ، ونَحوِهِ مالهما من نفسِه (و) أنْ (يرتهِنَ) لهما ماله (من نفسِه) عِبارَةُ الأصلِ : وحَيثُ جازَ الرَّهْنُ ، والارتِهانُ جازَ للأب ، والجدِّ أنْ يُعامِلا به أنفُسَهما ويتولّيا الطَّرَفيْنِ ، وليس لِغيرِهما ذلك . (فصلٌ) (رَهْنُ المكاتب ، وارتِهانُه كرَهْنِ الوليِّ) [١] وارتِهانِه فيما مَرَّ (وكذا) العبدُ (المأذونُ) له في التِجارَةِ (إنْ أُعطي مالا) لها بأنْ أعطاه له سَيِّدُه (فإنِ اتَّجَرَ بجاهِه) بأنْ قال له : اتَّجِر بجاهك ، ولم يُعطِه مالا (فكالمطلَقِ) [٢] أي فكمُطلَقِ التصرُّفِ فله البيعُ ، والشِّراءُ في الذِّمَّةِ حالاًّ ومُؤَجَّلا والرَّهْنُ والارتِهانُ مُطلَقًا (ما لم يربَحْ) فإنْ رَبِحَ بأنْ فضَلَ في يدِه مالٌ كان كما لو أعطاه مالا قال الزَّركشيُّ نَقلا عن نَصِّ البويطيِّ : وشرطُ ذلك أنْ يحُدَّ له حدًّا كأنْ يقولَ له اشترِ من دينارٍ إلى مِائَةٍ .

الباب الثاني

(في) حُكْمِ (القبضِ) والطَّوارِئِ قبله (لا يلزَمُ الرَّهْنُ إلا بقبضٍ كقبضِ المبيعِ) فيما مَرَّ [٣] لقولِه تعالى ﴿فرِهانٌ مَقبوضَةٌ﴾ [٤] [البقرة : ٢٨٣] فلو لَزِمَ بدونِ

---

(١) (قولُه : رَهْنُ المُكاتب وارتِهانُه كرَهْنِ الوليِّ إلخ) هذا هو المُعتمَدُ لا ما وقَعَ في باب الكِتابةِ فقد قال في تنقِيحِ الوسيطِ : إنَّ حُكْمَ المُكاتب حُكْمُ وليِّ الطِّفلِ هذا هو الصَّحيحُ من المذهَب اهـ. ورَجَّحه بعضُ المتأخِّرينَ وكَتبَ أيضًا قال في الخادِمِ : وحيثُ مَنَعنا فيُستثنَى رَهْنُه وارتِهانُه مع السَّيِّدِ وما لو رَهَنَ على ما يُؤَدَّى به النجمُ الأخيرُ لإفضائِه إلى العِتقِ .

(٢) (قولُه : فإنِ اتَّجَرَ بجاهه فكالمُطلَقِ) قال في الأنوارِ : وليس له الرَّهْنُ لِنَفقتِه وكِسوته وتوفيةِ ما لَزِمَه ، ولا يُتصَوَّرُ له الضِّياعُ ليقترِضَ لإصلاحِها .

(٣) (قولُه : كَقبضِ المبيعِ فيما مَرَّ) قال في الشامِلِ : وإنْ خَلَّى بينه وبين الدَّارِ وفيها قُماشٌ لِلرَّاهنِ صحَّ التسليمُ في الدَّارِ ، لأنَّه قبَضَ في المبيعِ . اهـ . والمذهَبُ خلافُه ع وقال الأذرَعيُّ : المشهورُ خلافُه خلافًا لأبي حَنيفةَ رحمه الله ، ونَقَله صاحِبُ البيانِ وأقرَّه وكَتبَ أيضًا ، وقولُ بعضِ الأصحاب تكفي التخليةُ هنا في دارٍ مَشحونَةٍ كالبيعِ ضعيفٌ كما نَبَّهنا عليه من قبلُ نَعَم لو قَلَّ ما فيها كَحَصيرٍ وماعونٍ يسيرٍ فقَضيَّةُ قولِهم مَشحونَةٌ إنَّ ذلك لا يقدَحُ في التسليمِ وقد أبداه السُّبكيُّ بَحثًا وله في المشحونةِ بَحثٌ لا يوافِقُ عليه ع .

(٤) (قولُه : لقوله تعالى ﴿فرِهانٌ مَقبوضَةٌ ﴾) وجه الدَّلالَةِ منها أنَّه وصَفها بالقبضِ فكان شرطًا فيه كوصْفِ الرَّقبةِ بالإيمانِ والشهادَةِ بالعدالَةِ ، ولأنَّه وصَفه بالقبضِ وقد ذكَرَ غيرَه من العُقودِ ولَم يصِفه به فدَلَّ على لُزومِه به .

القبضِ لـم يكنْ لِلتَّقيِيدِ به فائِدَةٌ ؛ ولأنَّه عَقدُ تبرُّعٍ يحتاجُ إلى القَبـولِ فلا يلزَمُ إلا بالقبضِ كالهبَةِ ، ولا تُرَدُّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّها إنَّما تحتاجُ إلى القَبولِ فيما إذا كـان الموصَى له مُعَيَّنًا فللرَّاهنِ الرُّجوعُ عنه قبلَ القبضِ ثُم مَنْ صَحَّ ارتِهانُه صَحَّ قبضُه [١] ، ولـه أنْ يستنيبَ فيه (و) لكنْ (لا يستنيبُ الرَّاهنَ في القبضِ) [٢] لِئَلا يُؤَدِّيَ إلى اتِّحادِ القابضِ والمقبضِ ، ومنه عُلِمَ أنَّه لو كان الرَّاهنُ وكيلا في الرَّهْنِ فقط أو وليًّا فرَشَدَ مُوليه أو عَزَلَ هو جازَ للمُرتهنِ أنْ يستنيبَه في القبضِ من المالِكِ لانتِفاءِ العِلَّةِ (ولا) يستنيبُ (رَقيقَه) أي : الـرَّاهنُ ؛ لأنَّ يـدَه كيدِه سواءٌ المـدَبَّرُ ، والمأذونُ لـه ، وغيرُهما ، ولا يُشكِلُ بما لو وكَّلَ رَجُلٌ العبدَ في شِراءِ نفسِه من مَولاه حَيْثُ يصِحُّ مع أنَّه لا يصِحُّ فيما لو وكَّلَ مَولاه ؛ لأنَّ شِراءَ العبدِ نفسَه من سَيِّدِه صَحيحٌ في الجُملَةِ لِتشَوُّفِ الشارعِ إلى العِتقِ فلم ينظُروا فيه إلى تنزيلِ العبدِ مَنْزِلَةَ مَولاه (إلا مُكاتبَه) لاستِقلالِه باليدِ والتصَرُّفِ كالأجنَبيِّ ، ومِثلُه المبعَّضُ إذا كان بينه ، وبين سَيِّدِه مُهايأةٌ ، ووقَعَ القبضُ في نَوبَتِه ، وإنْ وقَعَ التوكيـلُ في نَوبَةِ السَّيِّـدِ ، ولم يشرِطْ فيه القبضَ في نَوبَتِه .

(فإنْ لم يقبضْ) الرَّهنَ (المشروطَ في بيعٍ فللبائِعِ الخيارُ) لِفواتِ ما شرَطَه كما مَرَّ في البُيُوعِ المنهيِّ عنها (ويُشترَطُ) في اللُّزومِ إقباضُ الرَّاهنِ أو (الإذنُ) منه (في القبضِ [٣] فإنْ رَهَنَ العينَ من غـاصِبٍ لها أو مُستعيرٍ أو مُودَعٍ أو وكيـلٍ [٤] صَحَّ) كالبيعِ (واشـترَطَ الإذنَ) له من الرَّاهنِ (في القبضِ) لأنَّ اليدَ كانتْ عن غـيرِ جِهَةِ الرَّهنِ ، ولـم يقَعْ تعَرُّضٌ لـلقبضِ عنه (و) اشترَطَ فيه (مُضيَّ مُـدَّةِ

---

(١) (قولُه : ثم مَن صحَّ ارتهانُه صحَّ قبضُه) كان ينبَغي أنْ يقولَ : مَنْ صحَّ ارتهانُه لِنفسِه لِئَلاَّ يرُدَّ عليه غيرُ المأذونِ فإنَّه لا يصِحُّ ارتهانُه ، ويصِحُّ أنْ يكونَ وكيلا في القبضِ ، وكذلك الوليُّ إذا ارتهَنَ على دَيْنِ السَّفيه ثم أذنَ لِلسَّفيه في القبضِ فإنَّه يصِحُّ على الصَّحيحِ .

(٢) (قولُـه : ولا يستنيبُ الرَّاهنُ في القبضِ) كـان ينبَغي لِلمُصَنِّفِ أنْ يقولَ : ولا عَكسُه فإنَّه لو قال الرَّاهنُ لِلمُرتهنِ وكَّلتُك في قبضِه لِنفسِك لَم يصِحَّ كما قاله في الحاوِي ، ووقَعَ كذلك في كَثيرٍ من نُسَخِ الشرحِ الصَّغيرِ قال الأذرَعيُّ : وقد يتوقَّفُ فيه فإنَّهم أطلَقوا أنَّه لو أذنَ لـه في قبضِه صَحَّ وهو إنابةٌ في المعنَى . اهـ وأُجيبَ عن ذلك بأنَّ إذنَه إقباضٌ منه لا توكيلٌ ق .

(٣) (قولُـه : ويُشترَطُ الإذنُ في القبضِ) ولو أذنَ الرَّاهنُ في قبضِه ثم جُنَّ أو أُغمي عليه لَم يجُزْ قبضُه على المذهَبِ .

(٤) (قولُه : أو وكيلٍ) أو مُستأجِرٍ أو مُستامٍ أو قابضٍ ببَيْعٍ فاسِدٍ أو غيرِهم .

إمكانِه) [١] كنَظيرِه في البيعِ لكنَّه مُعتبَرٌ من وقتِ الإذنِ لا العقدِ صرّحَ به الأصلُ **(ولو)** صَدرَ الرَّهنُ **(من أبٍ تولَّى الطَّرفَيْنِ)** أي طَرَفَيْ الرَّهنِ فإنَّه يُشترَطُ فيه مُضيُّ الإمكانِ ، وقيلَ لا يُشترَطُ ، والترجيحُ من زيادَتِه على الرَّوضَةِ **(وقَصْدُه للقبضِ كالإذنِ)** / فيه ، واقتِصارُه على القبضِ أولى من ضَمِّ الأصلِ إلى الإقباضِ [٢] إذ لا يُشترَطُ في الإقباضِ إذنٌ حتّى يُشترَطَ قَصْدُه **(وكذا)** يَجري ذلك **(في البيعِ)** لِشيءٍ مِمَّنْ هو في يدِه **(لكنْ لا يُشترَطُ)** لِجوازِ التصرُّفِ ، وانتِقالِ الضَّمانِ **(الإذنُ)** في القبضِ ؛ لأنَّه مُستحَقٌّ هنا فكفى دَوامُه **(إلا فيما يستحِقُّ حَبْسَه)** بأنْ يكونَ الثّمَنُ حالاًّ ، ولم يُوفَّ فيُشترَطُ الإذنُ فيه قيلَ ، وصورَةُ المسألَةِ أنْ يكونَ المبيعُ غائِبًا ، وإلا فلا يُعتبَرُ الإذنُ بل العقدُ قبضٌ نَقَله في المجمُوعِ في كِتاب البيعِ عن المتولِّي ، وأقرَّه زادَ ابنُ الرِّفعَةِ ، وإنْ قُلْنا إنَّ له حَقَّ الحبسِ فإنَّ يدَه إنْ كانتْ يدَ أمانَةٍ فقد أداهَا ، وإلا فالبيعُ جِهَةُ ضَمانٍ يُسقِطُ القيمَةَ انتهى ، وهو مَبنيٌّ على رَأْيِ المتولِّي كما رَأيت ، وهو مَردودٌ كما مَرَّ في الكلامِ على قبضِ المبيعِ ، وفي نُسَخٍ تقديمُ قولِه ، وكذا إلى آخِرِه على قولِه ، ولو من أبٍ . ١٥٦/٢

(فرعٌ :) لو **(ذَهَبَ)** مَن ارتهَنَ ما بيدِه **(ليقبضَ الرَّهْنَ)** بالفعلِ **(فوجَدَه قد ذَهَبَ من يدِه وقد أذِنَ)** له **(في القبضِ بعدَ العقدِ فله طَلَبُه ، وأخذُه)** حَيثُ وجَدَه ، وقولُه كالرَّوضَةِ ليقبضَ الرَّهنَ ليس شرطًا [٣] بل المرادُ أنَّه ذَهَبَ إليه فوجَدَه قد ذَهَبَ كما عَبَّرَ به الرَّافعيُّ ، وقولُه طَلَبَه من زيادَتِه **(وإلا)** أي ، وإنْ لم يأذَنْ له فيما ذَكرَ **(فلا)** يطلُبُه ، ولا يأخُذُه **(حتّى يقبضَه الرَّاهنُ ، ويُجدِّدَ)** له **(الإذنُ)** لا يخفَى إنْ قَبَضَ الرَّاهنُ ذلك ليس بشرطٍ فضلا عن اشتِراطِ ضَمِّ تجديدِ

---

(١) (قولُه : ومُضيُّ مُدَّةِ إمكانِه) لأنَّه لو لَم يكُن في يدِه لَكان اللُّزومُ مُتوقِّفًا على هذا الزَّمانِ وعلى القبضِ لكن سَقَطَ القبضُ إقامَةً لِدَوامِ اليدِ مَقامَ ابتدائِها فبَقِي اعتبارُ الزَّمَنِ ، وكَتَبَ أيضًا فإنْ كان المرهونُ حاضِرًا أُعتُبِرَ في قبضِه مُضيُّ زَمَنٍ يُمكِنُ فيه نَقلُه إنْ كان مَنقولا وإنْ كان عَقارًا أُعتُبِرَ مِقدارُ التخليةِ وإنْ كان غائِبًا فإنْ كان مَنقولا أُعتُبِرَ مُضيُّ زَمَنٍ يُمكِنُ المُضيُّ فيه إليه ونَقَلُه وإلا أُعتُبِرَ مُضيُّ زَمَنٍ يُمكِنُ المُضيُّ فيه إليه وتخليتُه ولو اختلَفا في الإذنِ أو في انقِضاءِ هذه المُدَّةِ فالقولُ لِلرَّاهنِ .

(٢) (قولُه : أولى من ضَمِّ الأصلِ إليه الإقباضَ) قال في الأصلِ : وقَصَدَ الأبُ قبضًا أي : إذا كان مُرتهنًا وإقباضًا أي : إذا كان راهنًا .

(٣) (وقولُه كالرَّوضَةِ ليقبضَ الرَّهنَ ليس شرطًا) غيرُه مَفهومٌ منه بالأولى .

الإذنِ المزيدِ على الأصلِ إليه فإنْ قُرِئَ قولُه يقبضَه بضَمِّ أولِه ، وجُعِلَتِ الواوُ في ويُجَدِّدَ بمعنى أو [١] زالَ الإشكالُ .

(فرعٌ : لا يبْرَأُ الغاصِبُ) من ضَمانِ ما غَصَبه (بالرَّهْنِ منه) لأنَّه ، وإنْ كان عَقدُ أمانةٍ الغرَضُ منه التوثُّقُ ، وهو لا يُنافي الضَّمانَ [٢] (وكذا المستعيرُ) لا يبْرَأُ بالرَّهْنِ منه ، وإنْ مَنَعَه المعيرُ الانتِفاعَ لِما قُلْنا (ولا يحرُمُ) عليه (انتِفاعُه) بالمعارِ الذي ارتهَنَه لِبَقاءِ الإعارَةِ (إلا بالرُّجوعِ) أي : برُجوعِ المعيرِ فيه لِزَوالِها (وللغاصِبِ إجبارُ الرَّاهِنِ [٣] على إيقاعِ يدِه عليه) ليبْرَأَ من الضَّمانِ (ثُمَّ يستعيدُه) منه (بحُكْمِ الرَّهْنِ ، وليس لِلرَّاهِنِ إجبارُه على رَدِّ المرهونِ إليه لِذلك) أي لِيُوقِعَ يدَه عليه ثُمَّ يستعيدُه منه المرتهنُ بحُكْمِ الرَّهْنِ إذْ لا غَرَضَ له في بَراءَةِ ذِمَّةِ المرتهِنِ (ولو أُودِعَ) المالِكُ (المغصوبَ من الغاصِبِ [٤] بَرِئَ من الضَّمانِ) ، لأنَّ الإيداعَ ائتِمانٌ وهو يُنافي الضَّمانَ فإنَّه لو تعَدَّى في الوديعَةِ لم يبْقَ أمينًا بخِلافِ الرَّهْنِ (لا إنْ أبرَأَه) من ضَمانِه (وهو) أي : المغصوبُ (في يدِه) فلا يبْرَأُ ، لأنَّ العينَ لا يبْرَأُ عنها إذْ الإبراءُ إسقاطُ ما في الذِّمَّةِ أو تمليكُه ، وكذا إنْ أبرَأَه عن ضَمانِ ما يثبُتُ في الذِّمَّةِ بعدَ تلَفِه ، لأنَّه إبراءٌ عَمَّا لم يثبُتْ (أو آجَرَه) إيَّاه (أو قارَضَه) [٥] فيه (أو

---

(١) (قولُه : بمَعنَى أو) وبها عَبَّرَ في بعضِ النُّسَخِ

(٢) (قولُه : وهو لا يُنافي الضَّمانَ) فإنَّ المُرتهِنَ لو تعَدَّى في المرهونِ ضَمِنَه مع بَقاءِ الرَّهْنِ فإذا كان لا يدفعُ الضَّمانَ فلأنْ لا يدفعُه ابتداءً أولى وشَمَلَ كلامُ المُصَنِّفِ لو أذِنَ له بعدَ الرَّهْنِ في إمساكِه رَهْنًا ومَضَتْ مُدَّةُ إمكانِ قبضِه .

(٣) (قولُه : ولِلغاصِبِ إجبارُ الرَّاهِنِ إلخ) فإنْ لَم يقبل رُفِعَ إلى الحاكِمِ ليأمُرَه بالقبضِ ، فإنْ أَبَى قبضَه الحاكِمُ أو مَأذونُه ويرُدُّه إليه ولو قال له القاضي : أبرَأْتُك أو استأمَنْتُك أو أودَعتُك قال صاحِبُ التهذيب في كِتاب التعليقِ بَرِئَ .

(٤) (قولُه : ولو أودعَ المغصوبَ من الغاصِبِ إلخ) قال شيخُنا : ينبَغي أنَّ إحداثَ المالِكِ له استئمانًا بمَنزِلَةِ أخذه وردِّه وكَتَبَ أيضًا قال الغزِّيُّ : سُئِلت عَمَّنْ في يدِه دابَّةٌ لِغيرِه وديعَةً فأمَرَه بأنْ يُسَلِّمَها لِزَيْدٍ فلَمَّا حَضَرَ عندَ زَيْدٍ قال له زَيْدٌ : خَلِّها مع دَوابِّك وهي في تسليمي فخَلَّاها ثم تلِفتْ فأفتَيت بأنَّه إذا لَم تزُلْ يدُ الأوَّلِ عنها فلا أثَرَ لِقولِ الثاني هي في تسليمي وفي فتاوى القاضي حُسَيْنٍ لو كان عليه دَيْنٌ فدَفعَه إلى شَخصٍ لِيُسَلِّمَه لِرَبِّ الدَّيْنِ فلَمَّا جاءَه الرَّسولُ قال : احفظْه لي عندَك فحَفِظَه فتلِف فهو من ضَمانِ المدينِ ، لأنَّه لَم يجْرِ قبضٌ .

(٥) (قولُه : أو قارَضَه) فيه صورَةُ مُقارَضَةِ المُستعيرِ أنْ يُعيرَه نَقدًا إعارَةً فاسِدَةً ثم يُقارِضُه عليه أو لِلتَّزْيينِ به أو لِرَهْنِه أو لِلضَّرْب على طَبعِه .

وكَّله) في التصرُّفِ فيه (١) ببيعٍ أو هبةٍ أو غيرِهما (أو زَوَّجَه إيَّاه) فلا يبرأُ لِما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ في رَهْنِه منه ، وظاهرٌ أنَّه إنْ تصرّف في مالِ القِراضِ أو فيما وُكِّلَ فيه بَرِئَ كما سَيأتي في بابِهما ، لأنَّه سَلَّمَه بإذنِ مالِكِه ، وزالَتْ عنه يدُه ، وكالغاصِبِ فيما ذُكِرَ كُلُّ مَنْ كانتْ يدُه يدَ ضَمانٍ كالمستعيرِ والمستامِ ، ولو قال بَدَلَ في يدِه باقٍ كان أعَمَّ .

(فصلٌ) في الطَّوارئِ المؤثِّرَةِ في العقدِ قبلَ القبضِ (ويحصُلُ الرُّجوعُ عن الرَّهْنِ (٢) قبلَ القبضِ بتصَرُّفٍ مُزيلٍ للمِلْكِ) (٣) كبيعٍ وإعتاقٍ وإصداقٍ وهبَةٍ بإقباضٍ لِزَوالِ مَحَلِّ الرَّهْنِ (وبرَهْنٍ بإقباضٍ ، وإحبالٍ وكِتابَةٍ) (٤) لِلرَّقيقِ لِتعلُّقِ حَقِّ الغيْرِ بالعيْنِ ، وقولُه وإحبالٍ أعَمُّ من قولِ أصلِه : والوطْءِ مع الإحبالِ ، وقَضيَّةُ تقييدِهما الرَّهْنَ بالإقباضِ ، وتقييدُ الأصلِ الهبَةَ به أنَّهما بدونِه لَيْسا رُجوعًا ، وهو مُوافِقٌ لِتخريجِ الرَّبيعِ ، والذي عليه الأصحابُ ، ونَقَلُوه عن النَّصِّ إنَّ ذلك رُجوعٌ (٥) ذكرَه السُّبكيُّ ، وغيرُه ، وصَوَّبَه الأذْرَعيُّ (٦) (وكذا تدبيرٌ) ، لأنَّ / ١٥٧/٢
مَقصودَه العِتْقُ ، وهو مُنافٍ لِلرَّهْنِ (لا بتزويجٍ) إذْ لا تعَلُّقَ له بمَوردِ الرَّهْنِ بل رَهْنُ المزَوَّجِ ابتداءً جائزٌ (و) لا (وطْءٍ) بغيرِ إحبالٍ ، وإنْ أنزَلَ ، لأنَّه بمُجَرَّدِه ليس سَبَبًا لِزَوالِ مِلْكِه (ولا بإجارَةٍ ، ولو حَلَّ الدّيْنُ) المرهونُ به (قبلَ انقضائِها) بناءً على جوازِ رَهْنِ المؤَجَّرِ وبيعِه ، وقَيَّدَه الفارِقيُّ بما إذا كانتْ قيمَتُه مُؤَجَّرًا لا تنقُصُ عن قدرِ الدّيْنِ ، وإلا كان رُجوعًا كما لو تصرّف بما يُخرِجُ المرهونَ عن أنْ يُستوفَى منه الدّيْنُ كان رُجوعًا ، فكذا إذا كان يمنَعُ من استيفاءِ بعضِه ، والظَّاهرُ ما أطْلَقَه

---

(١) (قولُه : أو وكَّله في التصرُّفِ فيه) أو عقَدَ الشركَةَ عليه أو أعارَه إيَّاه .

(٢) (فصلٌ : يحصُلُ الرُّجوعُ عن الرَّهْنِ إلخ) .

(٣) (قولُه : بتصَرُّفٍ مُزيلٍ لِلمِلكِ) الأحسَنُ في الضَّبطِ أنْ يُقال : كُلُّ تصَرُّفٍ يمنَعُ ابتداءَ الرَّهْنِ طَرَيانُه قبلَ القبضِ يُبطِلُ الرَّهْنَ وكُلُّ تصَرُّفٍ لا يمنَعُ ابتداؤُه لا يفسَخُه قبلَ القبضِ إلا الرَّهْنَ والهبةَ من غيرِ قبضٍ .

(٤) (قولُه : وكِتابَة) ظاهرُ إطلاقِهم الكِتابةَ أنَّه لا فرقَ بين الصَّحيحةِ والفاسِدَةِ ، فإنَّ الفاسِدَةَ تعليقُ عِتقٍ بصِفةٍ فتلتحِقُ بالتدبيرِ ، وفي البحرِ رَهَنَ عبدَه ثم قبلَ الإقباضِ عَلَّقَ عِتقَه على صِفةٍ ففي كونِه رُجوعًا عن الرَّهْنِ وجهانِ ذكرَه والِدي . ا هـ . أصحُّهما أنَّه رُجوعٌ .

(٥) (قولُه : إنَّ ذلك رُجوعٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : وصَوَّبَه الأذْرَعيُّ) وقال في البيانِ : إنَّه المشهورُ وقد رَجَّحا في الوصيَّةِ أنَّ الرَّهْنَ بدونِ القبضِ رُجوعٌ قال الأذْرَعيُّ : فالصَّوابُ على المذهَبِ : حَذْفُ لَفظِ القبضِ في الهبةِ والرَّهْنِ جَميعًا ، لأنَّها زيادَةٌ موهِمَةٌ .

الأصحابُ لأنَّ الرَّهنَ قبلَ القبضِ ليس بلازِمٍ (ولا بموتِ عاقِدٍ) من راهنٍ ومُرتهنٍ [١] ، لأنَّ مَصيرَ الرَّهنِ إلى اللُّزومِ فلا يتأثَّرُ بموتِه كالبيعِ في زَمَنِ الخيارِ (بل يقومُ الوارِثُ مُقامَه) فيقومُ وارِثُ الرَّاهنِ مُقامَه في الإقباضِ [٢] ، ووارِثُ المرتهنِ مَقامَه في القبضِ (ولا بجُنُونٍ) للعاقِدِ ، ولا بإغمائِه كما صرّحَ به الأصلُ كالموتِ بل أولى (و) لا (حَجْرِ سَفهٍ ، وفلَسٍ بل يعمَلُ الوليُّ) أي : وليُّ المجنُونِ والسَّفيه (بالمصْلحَةِ فيُجيزُ) له (مالُه فعله ابتِداءً فإنْ جُنَّ) مثلا (الرَّاهنُ ، وخَشي الوليُّ فسْخَ بيعٍ شُرِطَ فيه) الرَّهنُ إنْ لم يُسَلِّمه (وفيه) أي في إمضائِه (غِبْطَةٌ) أي : حَظٌّ كما عَبَّرَ به أصلُه (سلَّمَ الرَّهنَ) ، فإنْ لم يخْشَ فسخَه أو كان الحظُّ فيه أو كان رَهْنَ تبرُّعٍ لم يُسَلِّمه إلا أنْ تكونَ ضَرورَةٌ أو غِبْطَةٌ ، لأنَّهما يجوِّزانِ رَهْنَ مالِ المجنُونِ ابتِداءً ، فاستِدامَتُه أولى كما عُلِمَ من قولِه فيُجيزُ مالُه فعله ابتِداءً ، وإنْ جُنَّ المرتهنُ قَبَضَ الوليُّ الرَّهنَ ، فإنْ لم يُسَلِّمه الرَّاهنُ ، وكان مَشروطًا في بيعٍ فعلى الأصلحِ من فسْخٍ ، وإجازَةٍ .

(فرعٌ : يبطُلُ حُكمُ الرَّهنِ) للعَصيرِ ، ولو بعدَ القبضِ (بانقِلابه خمرًا) ما دامَ خمرًا لِخُروجِه عن الماليَّةِ (فإذا تخَلَّلَ عادَ رَهْنًا ، ولو قبلَ القبضِ) كما عادَ مِلكًا [٣] (وللمُرتهنِ الخيارُ في البيعِ المشروطِ فيه) الرَّهنُ بانقِلاب العصيرِ خمرًا سواءٌ (تخَلَّلَ أم لا) لِنَقصِ الخلِّ عن العصيرِ في الأولِ ، وفواتِ الماليَّةِ في الثَّاني هذا (إنْ كان قبلَ القبضِ لا) إنْ كان (بعدَه ، لأنَّه تخَمَّرَ في يدِه فلو قَبَضَه خمرًا ،

---

(١) (قولُه : من راهنٍ ومُرتهنٍ) أي : ووكيلِها ووكيلِ أحدِهما .

(٢) (قولُه : فيقومُ وارِثُ الرَّاهنِ مقامَه في الإقباضِ) قد يُفهَمُ مِمَّا ذكرَه أنَّ إقباضَ الوارِثِ يقومُ مَقامَ إقباضِ الرَّاهنِ من كُلِّ وجهٍ ، وقد قال البُلقِينيُّ : مَتى كان هناكَ دُيونٌ لَم يكُنِ المرتهنُ مُقَدَّمًا بهذا الرَّهنِ على الغُرَماءِ وقال : قُلته تخريجًا من جِهَةِ أنَّ حَقَّ الغُرَماءِ قد تعَلَّقَ بجَميعِ التركَةِ بالموت وليس لِلوارِثِ التخصيصُ وفي إقباضِه تخصيصٌ . ا هـ . وهو مَمنوعٌ إذ المُخَصِّصُ في الحقيقَةِ عَقدُ المورِّثِ وكلامُهم صَريحٌ أو كالصَّريحِ في خلافِ ما قاله .

(٣) (قولُه : كما عادَ مِلكًا) أي : لأنَّه لَمَّا زالَ بنفسِه تبَعًا لِزَوالِ مِلكِ الرَّاهنِ عادَ بنفسِه تبَعًا لِعَودِ مِلكِه .

(تنْبيهٌ) : لو رَهَنَه وأذِنَ له في قبضِه ثم خَرِسَ قبلَ القبضِ قال ابنُ الصَّبَّاغِ : إنْ بَقِي له إشارَةٌ مُفهِمَةٌ لَم يبطُل إذنُه وإلا بَطَلَ كالمُغمَى عليه والمجنونِ قال البندَنيجيُّ : وعندي أنَّه لا يبطُلُ قال الطَّبَريُّ من رِوايةٍ : وهو الأظهَرُ والرَّاجِحُ الأوَّلُ .

وتخلَّلَ استأنَف القبضَ) لِفسادِ القبضِ الأولِ بخُروجِ العصيرِ عن الماليَّةِ (لا العقدِ) لِوُقوعِه حالَ الماليَّةِ .

(ولو ماتتِ الشاةُ) المرهونَةُ (في يدِ المرتهنِ) أو الرَّاهنِ المفهومِ بالأولى (فدَبَغَ المالِكُ جِلدَها لم يعُدْ رَهنًا) ؛ لأنَّ ماليَّته حدَثَت بالمعالجَةِ بخِلافِ الخلِّ ، فإنْ قُلْت : قد يحدُثُ بها أيضًا كنَقلِه من شَمسٍ إلى ظِلٍّ وعَكسِه قُلت : نادِرٌ فأُلحِق بالغالِب ، وقولُه : من زيادَتِه المالك مُضِرٌّ إذْ لا فرقَ بينه ، وبين غيرِه (١) كما هو ظاهرُ كلامِ الأكثَرينَ كما قاله السُّبكيُّ (٢) بناءً على الأصَحِّ من أنَّه لو دَبَغَ جِلدَ مَيتةٍ لِغيرِه بغيرِ إذنِه لا يكونُ مِلكًا لِلدَّابغِ نَعَم إنْ أعرَضَ عنه المالِكُ فدَبَغَه غيرُه فهو له ، وخرج عن الرَّهنِ كما صرَّحَ به الأذرَعيُّ (ولو أبَقَ المرهونُ (٣) أو تعَلَّقَ برَقَبَتِه مالٌ) ولو (قبلَ القبضِ لم يبطُلْ الرَّهنُ) (٤) لاغتِفارِ ما يقَعُ في الدَّوامِ (وتخَمُّرُ المبيعِ قبلَ القبضِ كتخَمُّرِ المرهونِ بعدَه) في بُطلانِ حُكمِ العقدِ وعَودِه إذا عادَ خَلا لا في عَدَمِ ثُبوتِ الخيارِ (٥) أيضًا ، وإن اقتضاه كلامُه ، وكلامُ الأصلِ سالِمٌ من ذلك .

(فصْلٌ) في تخَلُّلِ الخمرِ وتخْليلِها

(الخمرُ إن قُصِدَ بعَصيرِها الخلُّ فهي مُحترَمَةٌ لا تُراقُ) قال في الأصلِ : ؛ لأنَّ اتِّخاذَ الخلِّ جائزٌ بالإجماعِ ، ولا ينقَلِبُ العصيرُ إلى الحُموضَةِ إلا بتوسُّطِ الشِّدَّةِ (٦) فلو لم تُحترَم ، وأُريقَتْ في تِلْك الحالَةِ لِتعَذُّرِ اتِّخاذِ الخلِّ (وإنْ قُصِدَ به الخمرُ أُريقَتْ) لِعَدَمِ احتِرامِها ، ولِلأمرِ بإراقَةِ الخُمورِ في خَبَرِ أبي داوُد بإسنادٍ صَحيحٍ

---

(١) (قولُه : وبين غيرِه) هو مَفهومٌ بالأولى .

(٢) (قولُه : قاله السُّبكيُّ :) أي : وغيرُه .

(٣) (قولُه : ولو أبَقَ المرهونُ إلخ) لو قُتِلَ الرَّقيقُ المرهونُ قبلَ القبضِ قال الإمامُ : ففي تعَلُّقِ حَقِّ الوثيقَةِ بقِيمَته الواجِبةِ على المُتلِفِ الوجهانِ في طُروِّ ما عَرَضَ لِلفسادِ .

(٤) (قولُه : لَم يبطُل الرَّهنُ لاغتفارِ إلخ) ويصِحُّ قبضُه في هذه الحالَةِ .

(٥) (قولُه : لا في عَدَمِ ثُبوت الخيارِ إلخ) قد جَزَمَ المُصَنِّفُ بثُبوته في باب حُكمِ البيعِ قبلَ قبضِه.

(٦) (قولُه : ولا ينقَلِبُ العصيرُ إلى الحُموضَةِ إلا بتوسُّطِ الشِّدَّةِ إلخ) هذا يُخالِفُ ما حَكاه ابنُ الصَّلاحِ عن الحليميِّ أنَّه قال : قد يصيرُ العصيرُ خَلاً من غيرِ تخَمُّرٍ في ثَلاثِ صورٍ :

إحداها : أنْ يصُبَّه في الدَّنِّ المُعَتَّقِ بالخلِّ .

ثانيتُها : أنْ يصُبَّه على الخلِّ فيصيرُ بمُخالَطَته خَلاً من غيرِ تخَمُّرٍ .

ثالِثتُها : أنْ يُجَرِّدَ حَبَّاتَ العِنَبِ من عَناقِيدِها ويملأَ منها الدَّنَّ ويُطَيِّنَ رَأسَه .

وهو مَحمُولٌ على غيرِ المحترَمَةِ [١] ، وتفسيرُ المحترَمَةِ بما ذُكِرَ قاله الشيخانِ هنا ، وقالا في الغصَبِ هي ما اتُّخِذَتْ لا بقَصْدِ الخمريَّةِ ، وهو أعَمُّ ، وأوجَه [٢] كما قَدَّمته في
١٥٨/٢ باب النَّجاسَةِ على أنَّ كلامَهما ، وكلامَ المصنفِ هنا / مُتدافعانِ في صورَةِ عَدَمِ القَصْدِ ، وحَيثُ اعتُبِرَ القَصْدُ فالعِبرَةُ بالقَصْدِ الذي يعقُبُه التخمُّرُ كما يُؤخَذُ من كلامِ القاضي حتّى لو عُصِرَ بقَصْدِ الخمريَّةِ ثُم قبلَ التخمُّرِ قُصِدَ اتِّخاذُه خَلاًّ كانت مُحترَمَةً لكنْ نَظَرَ فيه السُّبكيُّ [٣] بأنَّه كيف يزولُ القَصْدُ المقترِنُ بالفعلِ بالقَصْدِ المجَرَّدِ .

(فإنْ وقَعَ في الخمرِ) ولو مُحترَمَةً (خَلٌّ أو عَيْنٌ) أُخرَى غيرُ خَمرٍ (ولو حَصاةً) ونَحوِها مِمَّا لا يُؤَثِّرُ في التخَلُّلِ (ثُم انقَلَبَتْ خَلاًّ [٤] لم تطهر) لِما مَرَّ مع زيادَةٍ في باب إزالَةِ النَّجاسَةِ (وإنْ وقَعَ على العصيرِ) عَيْنٌ (فتخَمَّرَ) وانقَلَبَتِ الخمرَةُ خَلاًّ (نجست) أي : العينُ الخلَّ لِتنَجُّسِها بالخمرِ ، وتعبيرُه بوقَعَ أولى من تعبيرِ أصلِه بطَرحَ (ويحرُمُ الاستعجالُ لِذلك) أي : لِلتَّخَلُّلِ بعدَ الاشتِدادِ لِخَبَرِ مُسلِمٍ عن أنَسٍ قال «سُئِلَ النَّبيُّ ﷺ أتتَّخِذُ الخمرَ خَلاًّ قال لا» [٥] ، ولِخَبَرِ أبي داوُد بإسنادٍ صَحيحٍ «إنَّ أبا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسولَ الله ﷺ فقال عِندي خُمُورٌ لأيتامٍ ؟ قال : أرِقْها، قال : ألا أُخَلِّلُها ؟ قال : لا» .

(فائِدَةٌ :) إذا استحكَمَتِ الخمرَةُ المحترَمَةُ ، وأيِسَ أهلُ الصَّنعَةِ من عَودِها خَلاًّ إلا بصُنعِ آدَميٍّ قال ابنُ الرِّفعَةِ : الأشبَه [٦] فيما نَظُنُّه أنَّه لا يَجوزُ إمساكُها (وإنْ

---

(١) (قولُه : وهو مَحمولٌ على غيرِ المُحْترَمَةِ) وظاهرُه : أنَّها تُراقُ أيضًا مع الشكِّ في أنَّها مُحْترَمَةٌ ، وهو مُحْتمَلٌ ، ويحتمَلُ تقييدُه بما إذا وُجِدَتْ بأيدي الفُسَّاقِ س تحرُمُ إراقَتُها عندَ الشكِّ لِلإجماعِ على تحريمِ إتلافِها قبلَ عَصْرِها فيستصحِبُ إلى وُجودِ مُقتضَى جَوازِه .

(٢) (قولُه : وهو أعَمُّ وأوجَه) قال الأذرَعيُّ : وهذا يتعَيَّنُ اعتمادُه فيكونُ الأصلُ الاحترامَ إلا أن يوجَدَ قَصْدٌ فاسِدٌ وليس ما سَبَقَ بخلافٍ مُحَقَّقٍ فيما أحسَبُ وإنَّما هو خلافُ عِبارَةٍ عن مَقصودٍ واحدٍ : فالوجه أنَّ المُحْترَمَةَ ما لَم يقصِد بها الخمريَّةَ وغيرُها ما قَصَدَ به الخمريَّةَ ، ولو عَصَرَها ذمِّيٌّ بقَصْدِ الخمريَّةِ أو صَبِيٌّ أو مَجنونٌ ولو بقَصْدِ الخمريَّةِ فهي مُحْترَمَةٌ .

(٣) (قولُه : لكنْ نَظَرَ فيه السُّبكيُّ إلخ) يُجابُ بأنَّه اقترَنَ بالإمساكِ .

(٤) (قولُه : ثم انقَلَبَتْ خَلاًّ) أي : وهي فيها أو كانت نَجِسَةً وإن نُزِعَتْ منها .

(٥) مسلم ، كتاب الأشربة ، باب تحريم تخليل الخمر ، حديث (١٩٨٣) .

(٦) (قولُه : قال ابنُ الرِّفعَةِ : الأشبَه إلخ) قد يُقالُ : لَمَّا كانت مُحْترَمَةً لا يمتنِعُ إمساكُها لِمَنافِعَ قد تعرِضُ من إطفاءِ نارٍ وعَجْنِ طينٍ . س .

وقَعَ على العصيرِ خَلٌّ كثيرٌ يمنَعُه التخَمُّرَ لم يضُرَّ) ، والأضَرُّ كما قَدَّمَه في باب إزالَةِ النَّجاسَةِ ، وقَدَّمت ثَمَّ توجيهَه ، وظاهرٌ أنَّ تعبيرَه هنا بالكثيرِ ، وثَمَّ بالغالِب المعَبَّرِ به في أصلِه هنا جَرَى على الغالِب ، وأنَّ العِبْرَةَ بما يمنَعُ التخَمُّرَ ، وعَدَمَه سواءٌ أكان غالِبًا أم مَغْلُوبًا أم مُساوِيًا ، وكلامُه ثَمَّ ككلامِ أصلِه هنا مُتدافِعٌ في حالَةِ التساوِي إنْ لم يجْرِ الكلامُ على الغالِب

* * *

(البابُ الثّالِثُ)

(فِي أحكامِ المرهونِ بعدَ القبضِ) [١]

(وفيه ثلاثةُ أطرافٍ) :

(الأولُ : الرَّاهنُ فبيعُه ورَهنُه [٢] وتزويجُه) [٣] ونَحوُها [٤] (للمرهونِ باطِلٌ) ، لأنَّه ممنوعٌ منها لِما في البيعِ ونَحوِه من تفويتِ التوثُّقِ [٥] والرَّهنِ من زَحمِ المرتهنِ في مَقصودِه ، والتزويجِ ونَحوِه من نَقصِ المرهونِ ، وتقليلِ الرَّغبَةِ فيه (وكذا إجارَةٌ) له [٦] (يحِلُّ الدَّيْنُ) المرهونُ به (قبلَ انقضائِها) بأنْ يكونَ حالاً أو مُؤَجّلا يحِلُّ قبلَ انقضائِها ، وإنْ جوَّزنا بيعَ المؤَجَّرِ ، لأنَّها تنقُصُ القيمَةَ [٧] (وإلا) بأنْ حَلَّ بعدَ انقِضائِها أو معه (صَحَّتْ) إنْ كان المستأجِرُ عَدلا [٨] لانتِفاءِ المحذورِ

---

(١) وفي نسخة حكم المرهون بعد القبض .

(٢) (قولُه : فبَيْعُه ورَهْنُه إلخ) قال في المنهاجِ : ولا رَهنُه لِغيرِه نَعَم يجوزُ بإذْنِ المُرتهنِ قاله في البيانِ وغيرِه يعني أنَّه ينفسِخُ الأوَّلُ ؛ ويصِحُّ الثاني : وقولُه لِغيرِه ليس بقَيْدٍ فإنَّه لا يصِحُّ رَهنُه منه بدَيْنٍ آخَرَ كما سَبَقَ ر وكَتبَ أيضًا قال في المنهاجِ : وله بإذْنِ الرَّاهنِ ما مَنَعناه أي : من التصَرُّفات والانتفاعات قَضيَّةُ إطْلاقِه جَوازُ الرَّهنِ بالإذْنِ ، وصَرَّحَ به في البيانِ ويُجْعَلُ فسخًا لِلرَّهنِ السَّابقِ كالبيعِ بالإذْنِ قال الإسنَويُّ : فإنْ كان كذلك أشكَلَ بما سَبَقَ من مَنعِ رَهنِه عندَ المُرتهنِ بدَيْنٍ آخَرَ فإنَّه يتضَمَّنُ الرِّضا فينبَغي أنْ يصِحَّ ويكونَ فسخًا لِلأوَّلِ كما يصِحُّ بَيْعُه منه ويكونَ فسخًا ا هـ قال بَدرُ الدِّينِ بنُ قاضي شُهْبَةَ: ومَنَعَ شيخي ووالِدي رحمه الله كونَ الرِّضا بذلك يتضَمَّنُ فسخَ الرَّهنِ الأوَّلِ ، لأنَّه قد يظُنُّ أو يعتقِدُ صِحَّةَ الرَّهنِ الثاني بخلافِ الإذْنِ في البيعِ وقولُه : قال بَدرُ الدِّينِ بنُ قاضي شُهبَةَ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : وتزوِيجُه) لا فرقَ بين العبدِ والأمَةِ ولا الخليَّةِ عندَ الرَّهنِ والمزَوَّجةِ فلو خالَف بَطَلَ وكان ينبَغي أنْ يقولَ : من غيرِه فلو زَوَّجَها منه صحَّ قاله الزَّركَشيُّ والأذْرَعيُّ .

(٤) (قولُه : ونحوُها) ككِتابَتِه .

(٥) (قولُه : لِما في البيعِ ونحوِه من تفوِيت التوثُّقِ) فعُلِمَ أنَّه ليس له تصَرُّفٌ يُزيلُ المِلكَ لكن له قَتْلُه قِصاصًا ودَفعًا وكذا بالرِّدَّةِ والحِرابةِ إنْ كان الرَّاهنُ إمامًا .

(٦) (قولُه : وكذا إجارَةٌ له) لا لِبناءٍ أو غِراسٍ أو نحوِه .

(٧)(قولُه : لأنَّها تنقُصُ القِيمَةَ) ولِقولِه ﷺ : «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ» .

(٨)(قولُه : إن كان المُستأجِرُ عَدلا) أو رَضيَ المُرتهنُ بيدِ غيرِ العدلِ وكالمُستأجِرِ المُستعيرُ .

حالَةَ البيعِ ، وقَضيَّةُ كلامِه كأصْلِه صِحَّتُها أيضًا (١) إذا احتمَلَ التقـدُّمَ والتـأخُّرَ والمقارَنَةَ أو اثنَيْنِ منها بأنْ يُؤجِرَه على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ كبناءِ حائِطٍ ، وفيه نظَرٌ نَبَّهَ عليه الإسْنَويُّ قال الأذْرَعيُّ : وإطلاقُ الصِّحَّـةِ فيما ذُكِرَ ظاهرٌ إذا لـم يُؤَثِّر ذلك نَقصًا في القيمَـةِ كبناءٍ وغِراسٍ أو كانت مُدَّةُ تفريغِ المأجورِ لا تمتدُّ إلى ما بعدَ الحُلولِ بزمَنٍ طَويلٍ أمَّا لو كان الأمرُ بخِلافِ ذلك فلا ، وما قاله مَعلُومٌ من قولِهم ليس لِلرَّاهِنِ الانتِفاعُ بالمرهونِ بما ينقُصُه كما سَيأتي **(فلو حَلَّ)** الدَّيْنُ **(بمَوتِ الرَّاهِنِ لم تبطُلِ الإجارَةُ)** لِوُقوعِها في الابتِداءِ على الصِّحَّةِ **(فيصيرُ المرتهنُ)** إلى انقِضائِها كما يصيرُ الغُرَماءُ إلى انقِضاءِ العِدَّةِ لِتستوفيَ المعتدَّةُ حَقَّ السُّكْنَى جَمعًا بين الحَقَّيْنِ **(ويُضارِبُ مع الغُرَمـاءِ)** بدَينِه في الحـالِّ **(وبعـدَ انقِضائِها يقضي باقي دَينِه مـن الـرَّهْنِ)** بمعنى المـرهونِ فإنْ فضَـلَ شيءٌ فللغُرَمـاءِ ، وقيـلَ : تبطُـلُ الإجـارَةُ بالحُلولِ رِعايَـةً لِحَقِّ المرتهنِ ؛ لأنَّه أسبَقُ ، ويُضارِبُ المستأجِرُ بالأُجْرَةِ المدفوعَـةِ ، والترجيحُ من زيادَتِه (٢) ، وفي نُسخَةٍ بَدَلَ قولِه : فيصيرُ إلى آخِرِه بل يُباعُ المرهونُ للمُرتهنِ ، وإنْ لم يفِ بالدَّينِ ، وضارَبَ بباقيه مع الغُرَماءِ ، وهو لا يُوافِقُ ما في الأصلِ ، ولم أرَ له فيه سَلَفًا ، وإنْ كان له وجهٌ .

(ومَـن ارتهَنَ شَيئًا فله استِئجارُه) (٣) مُطلَقًا **(كعَكسِـه)** أي كما له ارتِهانُ مُستأجِرِه **(فإنْ كان)** / الاستِئجارُ **(قبلَ القبضِ)** للمَرهونِ **(فسَلَّمَه عن الإجارَةِ لم يقَع عن الـرَّهْنِ)** لأنَّ قبضَه غيرُ مُستحَقٍّ **(أو)** سَلَّمَه **(عن الـرَّهْنِ)** وأوجَبْنا البُداءَةَ في التسليمِ في الإجارَةِ بالمؤَجِّرِ أو لم نُوجِبْها ، ووفَّى المكْتري الأُجْرَةَ أو كانت مُؤَجَّلَةً **(وقَعَ عنهمـا)** ، وإلا فـلا يقَعُ عـن الإجارَةِ ، لأنَّ القبضَ فيهـا مُستحَقٌّ في الشِّقِّ الأولِ دون الثاني ، وإنْ سَلَّمَه عنما وقَعَ عنهما كما أفهَمَه كلامُه بالأُولى ، ولو ١٥٩/٢

---

(١) (قولُه : وقَضيَّةُ كلامِه كأصلِه صِحَّتُها أيضًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : والترجيحُ من زيادَته) وجَزَمَ به جَماعَةٌ منهم صاحِبُ التعليقَةِ والبارِزيُّ وقال الزَّركَشيُّ إنَّـه الصَّحيحُ وهو نَظيرُ عَدَمِ بُطْلانِ السَّلَمِ بموتِ المُسلَمِ إليه قبلَ المحَلِّ فيما إذا أسلَمَ فيما يوجَدُ عندَه لا قبله .

(٣) (قولُه : ومَنِ ارتهَنَ شيئًا فله استِئجارُه) إجارَتُه من وارِثِ المُرتهِنِ كإجارَتِـه منه ، وكذا من سَيِّدِ المُكاتَبِ المُرتهِنِ بعدَ تعجيزِه أو سَيِّدِ المأذونِ بعدَ حَجْرِه عليه والضَّابطُ إجارَتُه من رَبِّ الدَّيْنِ مَن كان وهذا واضِحٌ وقد يَحْمِلُه حامِلٌ على العاقِدِ قولُه : قال الزَّركَشيُّ : ينبَغي تنزيلُه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

أطلَقَ قال الزَّركشيُّ : ينبَغي تنزيلُه على الإجارَةِ ، لأنَّه واجِبٌ .

(فرعٌ : إذا أعتقَ) الرَّاهنُ المالِكُ **(الموسِرُ مَرهونًا مَقبوضًا عَتقَ في الحالِ)** (١) تشبيهًا لِسِرايةِ العِتْقِ إلى حَقِّ المرتهنِ بسِرايتِه من نَصيب أحدِ الشريكيْنِ إلى الآخَرِ لِقوَّةِ العِتْقِ بالسِّرايةِ ، وغيرِها مع بَقاءِ حَقِّ الوثيقَةِ لأنَّه يغرَمُ القيمَةَ ، وتصيرُ رَهْنًا كما قال **(وغَرِمَ قيمَتَه)** أي وقت إعتاقِه **(وتصيرُ)** من حينِ غُرمِها (٢) **(رَهْنًا)** أي مَرهونَةً من غيرِ حاجَةٍ إلى عَقدٍ ، وإنْ حَلَّ الدّينُ كما عَبَّرَ بذلك الإمامُ ، وهو مُرادُ من عَبَّرَ هنا ، وفي الفرعِ الآتي بأنَّها تُجْعَلُ رَهْنًا **(أو تصرّف في قَضاءِ دَيْنِه إنْ حَلَّ)** ، وما ذَكرَه من التخييرِ فيما إذا حَلَّ الدّينُ هو الأوجَه الموافِقُ لِبَحثِ الشيخَيْنِ هنا ، ولإطلاقِهما فيما يأتي في أرشِ البَكارَةِ لكنَّ مَنقولَهما هنا عن (٣) العِراقيِّينَ أنَّه لا معنى لِلرَّهْنِ في ذلك ، ويُوافِقُه قولُ المصنفِ في نُسْخَةٍ ، وتصرّف بالواوِ ، والمرادُ بالموسِرِ (٤) الموسِرُ بقيمَةِ المرهونِ ، فإنْ أيسَرَ ببعضِها عَتقَ القدرُ الذي أيسَرَ بقيمَتِه قال البُلْقينيُّ ، وغيرُه : وإذا نَفَّذْنا (٥) إعتاقَ الموسِرِ كان إقدامُه عليه جائزًا كما

---

(١) (قولُه : عَتقَ في الحالِ إلخ) لأنَّه عِتْقٌ يبطُلُ به حَقُّ الغيرِ ففرَّقَ فيه بين الموسِرِ والمُعسِرِ كالعبدِ المُشترَكِ وكَتبَ أيضًا المُبَعَّضُ إذا كان له على سَيِّدِه دَيْنٌ فرَهَنَ عندَه بعضَه صحَّ ولا يجوزُ له إعتاقُه إلا بإذنِه كالمُرتهنِ الأجنَبيِّ د .

(٢) (قولُه : من حينِ غُرمِها) الذي يظْهَرُ كما قاله ابنُ النقِيب وغيرُه أنَّها تكونُ رَهْنًا في الذِّمَّةِ كالأرشِ في ذمَّةِ الجاني . ا هـ . وهو ظاهرٌ إذْ لا يظْهَرُ فرقٌ بين قِيمَةِ العتيقِ وقِيمَةِ المجْنيِّ عليه وكَتبَ شيخُنا أيضًا قولُ الشارحِ من حينِ غُرمِه مَبنيٌّ على رَأيِه الآتي أنَّ جِنايةَ الرَّاهنِ لا يكونُ بَدَلُها رَهْنًا في ذمَّته حتى تُؤْخَذَ منه والأصحُّ خلافُه فمَسألَتُنا كذلك تكونُ قِيمَةُ العتيقِ رَهْنًا ولو قبلَ غُرمِها .

(٣) (قولُه : لكنَّ مَنقولَهما هنا إلخ) قال السُّبكيُّ : وعندي أنَّ هذا ليس خلافًا ومَقصودُ الأوَّلِينَ أنَّه لا يحتاجُ إلى جَعلِها رَهْنًا فإنِ اتَّفقا على ذلك أو طَلَبَه المُرتهنُ ولَم يقضِ الرَّاهنُ فلا مَنعَ منه قال في الميْدانِ : ويُؤَيِّدُه قولُهم فيما إنْ وطِئَ الرَّاهنُ المرهونَةَ وغَرَّمناه أرشَ البكارَةِ أنَّه إنْ شاءَ جَعله رَهْنًا وإنْ شاءَ صَرَفه إلى أداءِ الدَّيْنِ .

(٤) (قولُه : والمُرادُ بالموسِرِ إلخ) قال البُلقِينيُّ : لو كان الدَّينُ حالاً وهو أقلُّ من القِيمَةِ فقد بَحَثْت أنَّه ينبَغِي أنْ يُكتَفى بيسارِه بالدَّيْنِ ، لأنَّه حَقُّ المُرتهنِ فينبَغي أنْ يُؤْخَذَ ويوفَّى حالاً قال : وعلى هذا فالمُعتبَرُ عندي في هذا التصويرِ أنْ يكونَ الرَّاهنُ موسِرًا بأقلِّ الأمرَيْنِ من قِيمَةِ المرهونِ والدَّيْنِ وقال الزَّركَشيُّ إنَّه التحقِيقُ . وقولُه : إنَّه التحقِيقُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قولُه : قال البُلقِينيُّ : وغيرُه : وإذا نَفَّذْنا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

اقتضاه نَصُّ الشافعيّ انتهى ، واقتضاه أيضًا كلامُ الرَّافعيّ ، وغيرِه في باب النَّذْرِ لكن نُقِلَ عن الإمامِ في بَحثِ التنازُعِ في جِنايةِ المرهونِ أنَّه يمتنِعُ إقدامُه عليه (ولا ينفُذُ عِتْقُ مُعسِرٍ [١]) . ولو انفكَّ الرَّهْنُ) بإبْراءٍ أو غيرِه لِعَجْزِه ، ولو استعارَ مَنْ يعتِقُ عليه ليرهَنَه فرَهَنَه ثم ورِثَه هل يعتِقُ عليه ، لأنَّه عِتْقٌ قَهْرِيٌّ من الشرعِ أو لا لِتعَلُّقِ الوثيقَةِ به أو يُقالُ إنْ كان مُوسِرًا [٢] عَتَقَ ، وإلا فلا فيه نَظَرٌ .

(ولو عَلَّقَه) أيِ الرَّاهنُ العِتْقَ (بفكاكِ الرَّهْنِ) بفتحِ الفاءِ أشهَرُ من كسْرِها (فانفكَّ عَتَقَ) إذْ لم يُوجَدْ حالَ الرَّهْنِ إلا التعليقُ - وهو لا يضُرُّ - (أو) عَلَّقَه (بصِفةٍ) أُخرَى (فوُجِدَتْ ، وقد انفكَّ) الرَّهْنُ بأن انفكَّ مع وُجودِها أو قبله (عَتَقَ) أيضًا لِما مَرَّ (أو) وُجِدَتْ (وهو مَرهونٌ كعِتْقِه) [٣] بمعنى إعتاقِه فيعتِقُ من الموسِرِ دون المعسِرِ (ثُمَّ وقفُه) أيِ : الرَّاهنُ للمَرهونِ (باطِلٌ) لِما مَرَّ أولَ الباب (وإنْ رَهَنَ نِصْفَ عبدٍ ثُم) أعتقَ نِصفَه فإنْ (أعتقَ نِصْفَه المرهونَ عَتَقَ مع باقيه على الموسِرِ) دون المعسِرِ (أو) أعتقَ نِصفَه (غيرَ المرهونِ أو أطلَقَ عِتْقَ غيرِ المرهونِ) من الموسِرِ والمعسِرِ (وسَرَى) إلى المرهونِ (على الموسِرِ) دون المعسِرِ ، لأنَّه يسري إلى مِلْكِ غيرِه فمِلكُه أولى (وينفُذُ عِتْقُ المرهونِ من الموسِرِ عن كفَّارَتِه لا) عن (كفَّارَةِ غيرِه) بسُؤالِه لأنَّه بيعٌ إنْ وقَعَ بعِوضٍ ، وإلا فهِبَةٌ ، وهو مَمنُوعٌ منهما .

وأورَدَ عليه ما لو مات الرَّاهنُ فانتقَلَتِ العينُ إلى وارِثِه فأعتقَها عن مُورِّثِه ، وكذا إذا لم يرهَنه ، ولكن مات ، وعليه دَيْنٌ فإنَّه ينتقِلُ إلى الوارِثِ مَرهونًا ، ومع ذلك يجوزُ إعتاقُه عن مُورِّثِه كما هو حاصِلُ كلامِ الرَّافعيّ في باب الوصيَّةِ ، وعَلَّله بأنَّ

---

(١) (قولُه : ولا ينفُذُ عِتْقُ مُعسِرٍ إلخ) لأنَّه عِتْقٌ يبطُلُ به حَقُّ الغيْرِ ففرَّقَ فيه بين الموسِرِ والمُعسِرِ كالعبدِ المُشترَكِ ولأنَّه أعتقَه حينَ لا يملِكُ إعتاقَه كالمحجورِ يُعتِقُ ثم يرشُدُ .

(٢) (قولُه : أو يُقالُ : إنْ كان موسِرًا إلخ) وهذا أوجَهُها .

(تنبيـهٌ) : لو عَلَّقَ عِتْقَه ثم رَهَنَه إلى أجَلٍ يحِلُّ قبلَ وُجودِ الصِّفةِ فلَم يتَّفِق بَيْعُه قبلَ وُجودِها ثم وُجِدَتْ فهل يعتِقُ نَظَرًا إلى حالَةِ التعليقِ أو يكونُ كَعِتْقِ المرهونِ نَظَرًا إلى حالَةِ وُجودِ الصِّفةِ أصحُّهما ثانيهما قال شيخُنا بعدُ : إنَّ الحَقَّ قبلَ قولِ والِدِه أصحُّهما ثانيهما لَفظَةُ قِيلَ : والأصحُّ الأوَّلُ كما جزَمَ به ابنُ المُقري في روضِه قبلَ هذا المحَلِّ بأوراقٍ .

(٣) (قولُه : فكَعِتْقِه) بمَعنَى إعتاقِه لأنَّ التعليقَ مع وُجودِ الصِّفةِ تنجيزٌ .

إعتاقَه كاعتاقِه (١) ، ولا تَرَدَّدَ ، لأنَّ الوارِثَ خَليفةُ مُورِّثِه ففعلُه كفعلِه في ذلك ؛ ولأنَّ الكلامَ في إعتاقِ الرَّاهنِ نفسَه ، وفي الرَّهْنِ الجُعليِّ لا غيرُهما ثُم ظاهرٌ أنَّ الإعتاقَ عن المرتهنِ جائزٌ كالبيعِ منه

/ (فصلٌ :) (يحرُمُ عليه) أي : الرَّاهنِ (وطءُ مَرهونَةٍ ، ولو ثَيِّبًا لا تحبَلُ) ٢/١٦٠ لِخَوفِ الحبَلِ فيمَنْ تحبَلُ ، وحَسْمًا للباب في غيرِها نَعَم لو خاف الزِّنا لو لم يطَأْها فله وطْؤُها فيما يظهَرُ لأنَّه كالمضطَرّ قاله الأذرَعيُّ ، وخرج بالرَّاهنِ الزَّوجُ بأنْ رُهنَتْ زَوجَتُه ، ولو بأنْ يكونَ استعارَها هو لِلرَّهنِ (٢) لكنْ قَيَّدَ الأذرَعيُّ الأخيرَةَ (٣) بأنْ تكونَ حامِلا منه قال : فله وطْؤُها ما دامَتْ حامِلا ، وفيما قاله نَظَرٌ ، وخرج بالوطْءِ بَقِيَّةُ التمتُّعاتِ فلا تحرُمُ عليه (٤) ، وبه جَزَمَ الشيخُ أبو حامِدٍ (٥) ، وجَماعَةٌ منهم الرَّافعيُّ في الاستِبْراءِ ، وقال الرُّويانيُّ ، وغيرُه بحُرمَتِها أيضًا خَوفَ الوطْءِ ، وقد يُجْمَعُ بينهما (٦) بحَملِ الثَّاني على ما إذا خاف الوطْءَ ، والأولِ على ما إذا أمِنَه .

(فإنْ وطِئ) الرَّاهنُ (لم يلزَمه) مع التعزيرِ بشرطِه (سِوى أرشِ البَكارَةِ) في البِكْرِ لإتْلافِه جُزْءَ المرهونِ فلا يلزَمُه غيرُه من حدٍّ ومَهرٍ ؛ لأنَّه أصابَ مِلْكه ، ولِهذا

---

(١) (قولُه : وعَلَّله بأنَّ إعتاقَه كإعتاقِه) ولِهذا لو أعتقَ موسِرٌ رَقِيقَه المرهونَ عن كَفَّارَةِ مورِّثِه صحَّ بخلافِ إعتاقِ الأجنَبيِّ عنه لاجتماعِ عَدَمِ النِّيابةِ وبعدَ إتْيانِ الولاءِ لِلمَيِّت .

(٢) (قولُه : ولو بأنْ يكونَ استعارَها لِلرَّهْنِ) قال شيخُنا : مَمنوعٌ .

(٣) (قولُه : لكنْ قَيَّدَ الأذرَعيُّ الأخيرَةَ إلخ) قال الأذرَعيُّ : الظَّاهرُ أنَّه لو استعارَ زَوجَته الأمَةَ ورَهَنَها وكانت حامِلا منه أنَّ له أنْ يطَأَها ما دامَتْ حامِلا وإنِ اشتراها بعدَ أنْ رَهَنَها لِفقدِ المحذورِ . ا هـ . ما بَحَثَه جارٍ على غيرِ مُرَجِّحِ الشيخَيْنِ أمَّا على مُرَجِّحِهما فيحرُمُ عليه وطْؤُها مُطْلَقًا .

(٤) (قولُه : وخَرَجَ بالوطْءِ بَقِيَّةُ التمتُّعات فلا تحرُمُ عليه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قولُه : وبه جَزَمَ الشيخُ أبو حامِدٍ إلخ) قال الأذرَعيُّ : وفي تعليقِ الشيخ أبي حامِدٍ في باب الاستبراءِ ما لَفظُه إنَّ الاستمتاعَ بالمرهونَةِ مُباحٌ ؛ لأنَّ له أنْ يُقبِّلَها ويلمِسَها حتى قال أصحابُنا إنْ كانتْ صَغيرَةً لا يحْمِلُ مِثلُها فله أنْ يطَأَها فنَقَلَ ذلك عن الأصحاب مُطْلَقًا ع ، ويُشبه أنْ يتأوَّلَ كلامَ مَنْ أطلَقَ الخلاف في الصَّغيرِ على مَنْ قد تحبَلُ فلا يكونُ مُخالِفًا لِما نَقَله الشيخُ أبو حامِدٍ عن الأصحاب، ويجْمَعُ بين الكلامَيْنِ بحَملِ كُلٍّ منهما على حالَةٍ، وقولُه فنَقَلَ ذلك عن الأصحاب مُطْلَقًا قال ع في الخادِمِ: وهذا غَريبٌ وقِيلَ: إنَّه ليس ذلك فيه وقد صَرَّحَ خَلْقٌ من الأصحاب بأنَّه لا فرقَ فيمَنْ لا تحْبَلُ بين الصَّغيرَةِ والآيِسَةِ ومنهم الشيخُ أبو حامِدٍ هنا .

(٦) (قولُه : وقد يجْمَعُ بينهما إلخ) وهو ظاهرٌ .

لو وطِئَها غيرُه كان المهْرُ له بخِلافِ المكاتبَةِ لو وطِئَها سَيِّدُها أو غيرُه كان المهْرُ لها لاستِقلالِها ثُم الرَّاهنِ فيما لَزِمَه من الأرشِ (**يرهَنُه** [١] **أو يقضيه**) أي : يقضي منه دَيْنَه ، وفي نُسَخٍ أو يُقَبِّضُه أي للمُرتهنِ من دَيْنِه فيُقرأُ بضَمِّ أولِه (**وإحبالُه كإعتاقِه**) فينفُذُ من الموسِرِ دون المعسِرِ ، ويلزَمُه قيمَتُها [٢] ، وتكونُ رَهْنًا أو تُصْرَفُ في قَضاءِ دَيْنِه إنْ حَلَّ ، وولَدُه منها حُرٌّ نَسيبٌ ، ولا قيمَةَ عليه [٣] كما ذَكرَه الأصلُ ثُم إن لم يستغرِقْها الدّيْنُ (**فيُباعُ على المعسِرِ منها بقدرِ الدّيْنِ** [٤]) ، **وإنْ نَقَصَها التشقيصُ**) رِعايةً لِحَقِّ الإيلادِ ، وينفكُّ الرَّهْنُ عن باقيها ، ويستقِرُّ الإيلادُ فيها ، والنَّفقَةُ على المشتري ، والمولِّدِ بحَسَبِ نَصيبِهما ، والكسْبُ بينهما كذلك ذَكَرَ ذلك الأصلَ (**بخِلافِ غيرِها**) من نَحوِ رَقيقٍ رُهِنَ بخَمسينَ ، وقيمَتُه مِائَةٌ ، وكان لا يُشترَى نِصْفُه إلا بأربعينَ ، ويُشترَى الكُلُّ بمِائَةٍ فلا يُباعُ منه بقدرِ الدّيْنِ بل يُباعُ كُلُّه دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن المالِكِ ، وهذا من زيادَتِه ، وبه جَزَمَ الرَّافعيُّ (**لكنْ**) لا يُباعُ شيءٌ من المستولَدَةِ إلا (**بعدَ أنْ تضَعَ ولَدَه**) لأنَّها حامِلٌ بحُرٍّ (**و**) بعدَ أن (**تسقيه اللّبأ ، وتوجَدَ مُرضِعَة**) خَوفًا من أن يُسافِرَ بها المشتري فيهلِكُ الولَدُ ، وقياسُ ما مَرَّ في إجارَتِها أنَّ للمُرتهنِ [٥] أنْ يُضارِبَ مع الغُرَماءِ في مُدَّةِ الصَّبْرِ (**فإن استغرَقَها الدّيْنُ أو عدم**

---

(١) (قولُه : يرهَنُه) أي من غيرِ إنشاءِ عَقدٍ .

(٢) (قولُه : ويلزَمُه قِيمَتُها) أي يومَ العلوقِ .

(٣) (قولُه : ولا قِيمَةَ عليه) شَمَلَ ما لو كانت مَرهونَةً عندَ أبيه ، لأنَّ المُرتهنَ لا حَقَّ له في ولَدِ المرهونَةِ بحالٍ .

(٤) (قولُه : فيُباعُ على المُعسِرِ منها بقدرِ الدَّيْنِ إلخ) ولو ولَدَتْ من زَوجٍ أو زِنًا قبلَ بَيْعِها لَم يبع ولَدُها ويعتقُ بموتِ السَّيِّدِ ولو ولَدَتْ عندَ المُشتري من زَوجٍ أو زِنًا ثم اشتراها المُستولِدُ مع أولادِها الحادِثِينَ لَم يثْبُتْ لهم حُكْمُ الأُمِّ على الأصحِّ لانعِقادِهِم في حالَةِ الأُمِّ فيها ليس سَبَبُ الحُرِّيَّةِ مُتحتِّمًا لها فلو بيعَ بعضُها في الدَّيْنِ فولَدَتْ عندَ المُشتري ولَدًا من زَوجٍ أو زِنًا ثم اشترَى المُستولِدُ ما بيعَ منها وما يستحِقُّه المُشتري من ولَدِها الحادِثِ ، فإنَّه إن ماتَ السَّيِّدُ عَتقَتْ كلُّها وبعضُ ولَدِه .

(٥) (قولُه : وقِياسُ ما مَرَّ في إجارَتِها أنَّ لِلمُرتهنِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

مُشتري البعضِ بيعَتْ كُلُّها) (١) بعدَما ذُكِرَ للحاجَةِ إليه في الأُولى ، ولِلضَّرورَةِ في الثّانيـةِ ، وإذا بيعَ بعضُها أو كُلُّها عند وُجودِ مُرضِعَةٍ فلا يُبالي بالتفريقِ بينها ، وبين الولَدِ ؛ لأنَّه حُرٌّ (، وليس له) أي لِلرَّاهنِ (أنْ يهَبَها للمُرتهنِ) بخِلافِ البيعِ (لأنَّ البيعَ إنَّما جوِّزَ لِلضَّرورَةِ (٢) فإذا مَلَكها بعدَ البيعِ) في الدّيْنِ أو انفكَّ الرَّهْنُ عنها بغيرِ بيعٍ كما فُهِمَ بالأُولى ، وصرّحَ به الأصلُ (نفَذَ استيلادُه) بخِلافِ نَظيرِه في الإعتـاقِ ؛ لأنَّه قولٌ يقتضي العِتْقَ في الحالِّ فإذا رُدَّ لَغا ، والإيـلادُ فعلٌ لا يُمكِنُ رَدُّه ، وإنَّما يُمنَعُ في الحالِّ لِحَقِّ الغيْرِ فإذا زالَ حَقُّ الغيْرِ ثَبَت حُكْمُه (٣) .

(فرعٌ : ولو ماتتْ هـذِه) الأمَةُ التي أولَدَها الرَّاهنُ (بالوِلادَةِ أو نَقَصَتْ) بها (وهو مُعسِرٌ) حالَ الإيلادِ (فأيسَرَ طولِبَ بقيمَتِهـا) في الأُولى وكانتْ رَهْنًا مَكانها (أو بـالأرشِ) في الثانيـةِ ، وكان رَهْنًا معها ؛ لأنَّه تسَبَّبَ إلى إهلاكِهـا أو نَقصِهـا بالإحبالِ بغيرِ استِحقاقٍ ، وله أنْ يصْرِف ذلك في قَضاءِ دَيْنِه كما صرّحَ به الأصلُ (ومَوتُ أمَةِ الغيْرِ بالوِلادَةِ من وطْءٍ بشُبْهَةٍ لا زِنا ، ولو) كان الزِّنا (إكْراهًا) أي به (يُوجِبُ قيمَةَ الأمَةِ) لِما مَرَّ (لا) مَوتُ حُرَّةٍ بالوِلادَةِ ، ولو من شُبْهَةٍ فلا يُوجِبُ (ديـةَ الحُرَّةِ) ؛ لأنَّ الـوطْءَ سَبَبٌ ضَعيفٌ / وإنَّما أوجَبنا الضَّمانَ في الأمَـةِ ؛ لأنَّ ١٦١/٢ الـوطْءَ سَبَبُ الاستيـلاءِ عليها ، والعـلُوقُ من آثارِه فأدَمنا بـه اليدَ ، والاستيـلاءَ ، والحُرَّةُ لا تدْخُلُ تحت اليدِ ، والاستيلاءِ أمَّا الموتُ بالوِلادَةِ بالزِّنا (٤) فلا يُوجِبُ شَيْئًا لأنَّهـا في الزِّنا لا تُضافُ إلى وطْئِـه لأنَّ الشرعَ قَطَعَ نَسَـبَ الولَدِ عنه ، ولو مـاتتْ زَوجَتُه بالوِلادَةِ فلا ضَمانَ لِتولُّدِه من مُستحَقٍّ كما اقتضاه كلامُـه ، وصرّحَ به أصلُه ،

---

(١) (قولُه : بيعَتْ كُلُّها) لو مات الرَّاهنُ قبلَ بَيْعِها فإنْ أبرأَ المُرتهنَ عن الدَّيْنِ أو تبَرَّعَ أجنَبيٌّ بأدائِه عَتقَتْ وإنْ لَمْ يتَّفِق ذلك فهل نَقولُ هي موروثَةٌ أو الأمرُ فيها موقوفٌ أو نَقولُ لا ميراثَ ظاهِرًا فإنْ بيعَتْ ثَبَت الميراثُ يحتمِلُ آراءٌ أقرَّ بها الأخيرُ فلو اكْتَسبَتْ بعدَ موت المُستولِدِ وقبلَ بَيْعِها فإنْ أبرَأَ المُرتهنُ أو تبَرَّعَ أجنبيٌّ كَسبُها لها ، وإنْ بيعَتْ تبَيَّنَ أنَّ الكَسبَ لِلوارِثِ خاصَّةً .

(٢) (قولُه : لأنَّ البيعَ إنَّما جوِّزَ لِلضَّرورَةِ) ولا ضَرورَةَ إلى الهبةِ .

(٣) (قولُـه : فإذا زالَ حَقُّ الغيْرِ ثَبَت حُكْمُه) بدَليـلِ ما لو بيعَتْ في الرَّهْنِ ثم مَلَكها فإنَّه ينفُذُ إيلادُها .

(٤) (قولُـه : أمَّا الموتُ بالوِلادَةِ بالزِّنـا إلـخ) ولا يُخالِفُ هذا مـا سَيـأتي في كِتاب الغصب أنَّ الغاصِبَ لو أحْبَلَ الأمَةَ المغصوبةَ ثم رَدَّها إلى مالِكِها فماتتْ بالوِلادَةِ ضَمِنَ قِيمَتها ؛ لأنَّ صورَته إذا حَصَلَ مع الزِّنا استيلاءٌ تامٌّ عليها بحيثُ دَخَلَتْ في ضَمانِه .

(والواجِبُ) فيما إذا أوجَبْنا القيمَةَ (قيمَةُ يومِ) ، وفي نُسخَةٍ وقتِ (الإحبالِ) ، لأنَّه سَبَبُ التلَفِ كما لو جَرَحَ عبدًا قيمَتُه مِائَةٌ فبَقي ضِمنًا حتّى مات ، وقيمَتُه عَشرَةٌ لَزِمَه مِائَةٌ .

(فصْلٌ) (لِلرَّاهِنِ انتِفاعٌ لا يُنقِصُ الرَّهْنَ) أيِ المرهونَ (كرُكوبٍ ، وسُكْنَى، واستِخْدامٍ) [(١)] لِخَبَرِ البُخاريِّ «الظَّهْرُ يُركبُ بنفقَتِه إذا كان مَرهونًا» [(٢)] ، ولِخَبَرِ «الرَّهْنُ مَركُوبٌ ، ومَحلُوبٌ» رواه الدّارَقُطنيُّ ، وصحّحه [(٣)] (ولُبْسٍ ، وإنزاءِ فَحْلٍ لا ينقُصانِه) أيِ المرهونَ (وإنزاءٍ على أُنثَى [(٤)] يحِلُّ الدّيْنُ قبلَ ظُهورِ حَملِها أو تلِدُ قبلَ حُلُولِه لا) إنْ حَلَّ (بعدَه) أي : بعدَ ظُهورِ حَملِها ، ولم تلِدْ قبلَ الحُلولِ فليس له الإنزاءُ عليها (لامتِناعِ بيعِها دونه) أيِ : الحملِ ، وهو غيرُ مَرهونٍ ، ولا يُؤَثِّرُ احتِمالُ بيعِها معه بغيرِ توزيعٍ ؛ لأنَّ الرَّاهنَ لم يلتزِمه ، وحَيثُ أنزَى عليها فظَهَرَ بها حَملٌ قبلَ البيعِ امتنَعَ بيعُها دونه قبلَ الوضعِ أو بعدَ البيعِ ، فالظَّاهرُ تبَيُّنُ بُطْلانِه ، وحَيثُ أخَذَ الرَّاهنُ المرهونَ لِلانتِفاعِ [(٥)] الجائِزِ فتلِفَ في يدِه فلا ضَمانَ عليه كما صرّحَ به الرُّويانيُّ في البَحرِ .

(وليس له السَّفرُ به وإنْ قَصُرَ سَفرُه) لِما فيه من الخطَرِ بلا ضَرورَةٍ ، وظاهِرُ

---

(١) (قولُه : واستخدام) قَضيَّتُه أنَّ له استخدامَ الأمَةِ وقال في الكِفايةِ : إذا مَنَعناه الوطْءَ فليس له استخدامُها حَذَرًا منه ويُساعِدُه قولُ الرُّويانيِّ بمَنعِ الخلوةِ بها وحينَئِذٍ تُستثنَى من إطْلاقِ المُصَنِّفِ .

(٢) رواه البخاري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ، حديث (٢٥١١) .

(٣) رواه الدارقطني في سننه (٣٤/٣) .

(٤) (قولُه : وإنزاءٍ على أُنثَى) يجِبُ أنْ يُقَيَّدَ جَوازُ الإنزاءِ على الأُنثَى بلا إذْنٍ بما إذا كان الحملُ لا يُعَدُّ فيها عَيبًا لو ظَهَرَ وإلا فلا .

(٥) (قولُه : وحيثُ أخَذَ الرَّاهنُ المرهونَ لِلانتفاعِ إلخ) لو تلِفَ إمَّا بدَعواه مع اليمينِ أو بالبيِّنَةِ قال البُلقِينيُّ : فهل يكونُ ضامِنًا لَم أقِفْ على نَقلٍ صَريحٍ في هذه المسألَةِ ، والأقرَبُ أنَّه لا يكونُ ضامِنًا ، ولكن لو ادَّعَى الرَّدَّ ، فالصَّوابُ أنَّه لا يُقْبَلُ كالمُرتهنِ لا تُقبَلُ دَعواه الرَّدَّ بيمينِه مع أنَّ الرَّاهنَ ائتمَنَه باختيارِه فكيف يُمكِنُ أن يكونَ الرَّاهنُ على العكسِ مع أنَّ المُرتهنَ مُجْبَرٌ على الدَّفعِ إليه شرعًا ا هـ وفي البحرِ التصريحُ بنفيِ الضَّمانِ فقال : فرعٌ : رَهَنَ الوصيُّ عبدَ اليتيمِ ثم استعارَه الوصيُّ من المُرتهنِ ، فإنِ استعارَه لِليتيمِ فلا ضَمانَ ؛ لأنَّ له الانتفاعَ به وإنْ كان مَرهونًا وإنِ استعارَه لِنفسِه لَم يجُز وضَمِنَ وكذا إنِ استعارَه مُطْلَقًا ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه استعارَه لِنفسِه .

أنَّه لو دَعَتْ ضَرورَةٌ إلى السَّفرِ به (١) كأنْ جَلا أَهْلُ البَلَدِ لِخَوفٍ أو قَحطٍ أو نحوِه كان له السَّفرُ به **(ولا البناءُ ، والغِراسُ)** (٢) في الأرضِ المرهونَةِ ، ولو كان الدَّينُ مُؤَجَّلا ، ولم يلتزِم قَلعَهما عند فراغِ الأجَلِ (٣) لِنَقصِ القيمَةِ بذلك قال الأذرَعِيُّ ، (٤) وغيرُه : ويُشبه أنْ يُستثنَى (٥) البناءُ الخفيفُ على وجه الأرضِ باللبنِ، ونَحوِه كَمِظَلَّةِ النَّاطورِ ، لأنَّه يُزالُ عن قُربٍ كالزَّرعِ ، ولا تنقُصُ به القيمَةُ .

(وله زِراعَةُ ما يُدرِكُ قبلَ حُلُولِ الدَّينِ) أو معه فيما يظهَرُ (٦) **(إنْ لم تنقُص)** أيِ الزِّراعَةُ **(قيمَةَ الأرضِ)** إذ لا ضَرَرَ على المرتهنِ **(وإلا)** بأنْ نَقَصَتْ قيمَتَها أو كان الزَّرعُ مِمَّا يُدرَكُ بعدَ الحُلُولِ **(فلا)** يجوزُ له ذلك لِضَرَرِ (٧) المرتهنِ **(فإنْ حَلَّ الدَّينُ)** في الشِّقِّ الأولِ **(قبلَ إدراكِه)** أي : الزَّرعِ **(لِعارِضٍ تُرِك إلى الإدراكِ فإنْ بَنَى أو غَرَسَ)** حَيثُ مَنَعناه **(لم يقلَع إلا عند)** دُخولِ وقتِ **(البيعِ)** (٨) ، وهو بعدَ الحُلُولِ **(إنْ زادَتْ قيمَتُها)** أي : الأرضِ **(بالقَلعِ)** على

---

(١) (قولُه : وظاهِرٌ أنَّه لو دَعَتْ ضَرورَةٌ إلى السَّفرِ به إلخ) ولَم يتمَكَّن من رَدِّه على المُرتهنِ ولا وكيلِه ولا أمينٍ ولا حاكِمٍ وكذا لو وقَعَ نَهبٌ أو إغارَةٌ في القريةِ وغَلَبَ على ظَنِّه ذَهابُه إنْ أقامَ به ولَم يتمَكَّن من رَدِّه إلى واحدٍ مِمَّن ذكرنا نَعَم قال الأذرَعِيُّ : والظَّاهرُ أنَّه لو رَهَنَه وأقبَضَه في السَّفرِ أنَّ له السَّفرَ به إلى نحوِ مَقصِدِه لِلقَرِينَةِ وقِس به ما في مَعناه .

(٢) (قولُه : ولا البناءُ والغِراسُ) يُستثنَى ما إذا غَرَسَ من قُضبانِ المرهونِ فإنَّه لا يُمنَعُ منه فيما يظهَرُ فإنَّهم عَلَّلوا مَنعَ الغِراسِ بأنَّه لو جازَ لَبيعَت الأرضُ وحدَها ، وبَيعُ الأرضِ دونَ غِراسِها ينقُصُ قِيمَتَها قالَه الأذرَعِيُّ ، وهو مُقيَّدٌ بشرطَينِ أحدُهما أنْ لا ينقُصَ الغُصنُ المأخوذُ من الشجَرَةِ قِيمَتَها ، لأنَّه ليس له تنقِيصُ قِيمَةِ المرهونِ الثاني أنْ لا تنقُصَ القِيمَةُ بالغِراسِ المُستجِدِّ . ع .

(٣) (قولُه : ولَم يلتزِم قَلعَهما عندَ فراغِ الأجَلِ) أو التزَمَه وكانت الأرضُ تنقُصُ بالقلعِ .

(٤) (قولُه : قال الأذرَعِيُّ :) أي : وغيرُه .

(٥) (قولُه : ويُشبه أنْ يُستثنَى إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : أو معه فيما يظهَرُ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه عِبارَةَ الدَّارِمِيِّ وإنْ زَرَعَها وقُلنا يجوزُ وكان يحصُدُ مع حُلولِ الأجَلِ أو قبله صحَّ ولَفظُ الأُمِّ لَم يُمنَع من الزَّرعِ الذي يحِلُّ قبلَ المحِلِّ أو معه .

(٧) (قولُه : وإلا فلا يجوزُ له ذلك) لِضَرَرِ المُرتهنِ إلا إنْ قالَ أنا أقلَعُه عندَ المحَلِّ .

(٨) (قولُه : لَم يقلَع إلا عندَ البيعِ إلخ) شَمَلَ كلامُهم ما إذا وقَف الرَّاهنُ البناءَ والغِراسَ وما إذا كان على الشجَرِ ثَمَرَةٌ وباعَها بشرطِ الإبقاءِ إلى أوانِ الجذاذ وحَلَّ الأجَلُ قبله وما إذا آجَرَ البناءَ مُدَّةً وحَلَّ الأجَلُ قبلَ مُضيِّها .

قيمَتِها بدونِه (في قَضاءِ) دَيْنِ (الغريمِ) سواءٌ أحَصَلَ بالزِّيادَةِ وفاءُ الدَّيْنِ أم لا فعُلِمَ أنَّه إذا لم يحِلَّ الدَّيْنُ أو حَلَّ ، ولم تزِدْ القيمَةُ بالقَلْعِ أو زادَتْ على ما يقضي الدَّيْنَ لا يقلَعُ إذْ لا فائِدَةَ فيه ، ولأنَّه في الأُولى رُبَّما يقضي الدَّيْنَ من مَحَلٍّ آخَرَ ، ومَحَلُّ قَلْعِه فيما قاله إذا لم يأْذَن الرَّاهنُ في بيعِه مع الأرضِ فإنْ أذِنَ في بيعِه معها بيعا ، ووزِّعَ الثَّمَنَ كما في رَهْنِ الأُمِّ دون ولَدِها إلا أنْ تكونَ قيمَةُ الأرضِ بيضاءَ أكثَرَ من قيمَتِها مع ما فيها فيُكلَّفُ القَلْعَ .

(فإنْ حُجِرَ عليه) أيِ : الرَّاهنِ (بفلَسٍ فقد مَرَّ) في فصلِ يصِحُّ رَهْنُ الجاريةِ / أنَّه لا يقلَعُ لِتعَلُّقِ حَقِّ الغُرَماءِ بما في الأرضِ ، وأنَّهما يُباعانِ مَعًا ، ويُوزَّعُ الثَّمَنُ ١٦٢/٢
عليهما ، والترجيحُ من زيادَتِه ، وعلى ما رَجَّحَه نَصُّ الشافعيِّ ، وبه جَزَمَ الشيخُ أبو حامِدٍ والماورديُّ والقاضي ، وغيرُهم ، وفي نُسخَةٍ بَدَلَ قوله فقد مَرَّ فوجهانِ فعليها لا زيادَةَ .

(فصلٌ) (اليدُ) على المرهونِ (بعدَ القبضِ للمُرتهنِ) ؛ لأنَّها الرُّكْنُ الأعظَمُ في التوثُّقِ (وللمالِكِ أخذُه منه) [(١)] عند حاجَتِه لانتِفاعِه به بنفسِه أو غيرِه مع بَقائِه (إنْ كان له مَنفعَةٌ لا يُمكِنُ استيفاؤُها ، وهو معه) أيِ : المرتهنِ كرُكُوبٍ ، وخِدْمَةٍ ، وسُكْنَى بخِلافِ ما إذا كان يُمكِنُ ذلك ، وهو معه كحِرفةٍ للعبدِ يُمكِنُ أنْ يعمَلها في يدِ المرتهنِ فلا يأْخُذُه الرَّاهنُ لِعَمَلِها جمْعًا بين الحقَّيْنِ ، وله أخذُه للخِدْمَةِ كما سَيأْتي التصْريحُ به في كلامِه ، وبخِلافِ ما إذا كان الانتِفاعُ به بتفويتِه كنَقدٍ فلا يأْخُذُه لِذلك أصلا (وله) إنْ لم يثِق به كما في الأصلِ (تكليفُه الإشهادَ أنَّه أخَذَه لِذلك) أي لِلانتِفاعِ به لِئَلا يجْحدَ الرَّهْنَ (لا كُلَّ مَرَّةٍ) لِلمَشَقَّةِ (إنْ كان عَدْلا) ظاهِرًا وإلا فيُكلِّفُه ذلك كُلَّ مَرَّةٍ ، وظاهِرُ كلامِه كالرَّوضَةِ [(٢)] أنَّه يجِبُ الإشهادُ على

---

(١) (قولُه : ولِلمالِكِ أخذُه منه إلخ) مَحَلُّه إذا لَم يكُن مَشهورًا بالخيانَةِ فإنْ كان فليس على المُرتهنِ رَدُّه إليه لِلانتفاعِ وإنْ أشهَدَ قاله الإمامُ ؛ لأنَّه قد يدَّعي تلَفه كذبًا ع ، قال الأذْرَعيُّ : وهذا مُتعَيِّنٌ ؛ لأنَّه قد يكتُمُه ويدَّعي تلَفه أو سَرِقَته أو إباقَه أو نحوها أو يُتْلِفُه ولا شيءَ له غيرُه أو يُخفي مالَه وقال في التهذيب : إنَّه إذا كان يخافُ منه إتْلافُ المرهونِ والخيانَةَ عليه دَفْعُه إلى الحاكِمِ حتى يُؤَجِّرَه ويدفعَ الأُجرَةَ إليه .

(٢) (قولُه : وظاهِرُ كلامِه كالرَّوضَةِ إلخ) النفيُ في كلامِه كأصلِه مُتوجِّهٌ إلى الفِعلِ والقيْدِ مَعًا مِثْلُ قولِه : ولا ترَى الضَّبَّ بها ينجَحِرُ أي : لا ضَبَّ ولا انجِحارَ ومنه قوله تعالى : ﴿ما لِلظَّالِمينَ من حَميمٍ ولا شَفيعٍ يُطاعُ﴾ أي : لا شَفاعَةَ ولا طاعَةَ وحينَئِذٍ يُفيدُ ....=

العدلِ لكنْ لا كُلَّ مَرَّةٍ ، وليس مُرادًا بل المفهومُ من كلامِ الإمامِ والغزاليِّ أنَّه لا يجِبُ عليه أصلا ، وإليه أشارَ الرَّافعيُّ في آخِرِ كلامِه (١) نَبَّهَ عليه الإسْنَوِيُّ ، وإذا أشهَدَ قال الشيخانِ : يُشهدُ شاهدَيْنِ قال في المطْلَب أو رَجُلا ، وامرأتيْنِ ، لأنَّه في المالِ ، وقياسَه الاكْتِفاءُ بواحِدٍ مع اليمينِ كما اكْتفى هو به في الفسخِ بعَيْب المبيعِ كما مَرَّ (ولا يُعطَى) الرَّاهنُ (الجاريةَ إلا إنْ أُمِنَ غَشَيانُه) لها (لكونِه مَحرَمًا (٢) أو ثِقَةً له أهلٌ) أو نَحوه بأنْ تكونَ عنده زَوجَةٌ أو أمَةٌ أو مَحرَمٌ أو نِسوةٌ يُؤمَنُ معهنَّ منه عليها كنَظيرِه فيما مَرَّ في وضعِها عند المرتهنِ .

(وإنْ أرادَ أنْ يُؤَجِّرَه) بشرطِه السَّابقِ (وأمكنَ) الانتِفاعُ به (في يدِ المرتهنِ لم تزُلْ يدُه) ، وإلا أُزيلَتْ (فإنْ أرادَ استِخدامَه في شيءٍ آخَرَ يُحوِجُ إلى خُروجِه) من يدِ المرتهنِ (أُجيبَ ، وما لا يدومُ استيفاءُ مَنافعِه) عند الرَّاهنِ (يرُدُّه) إلى المرتهنِ (عند الاكْتِفاءِ) بما انتفعَ به منه (فيرُدُّ الخادِمَ ، والمركُوبَ) اللذَيْنِ ينتفعُ بهما في النَّهارِ (لَيْلا) (٣) أي في الوقتِ الذي جرَت العادَةُ بالرَّاحَةِ فيه كما قاله الإمامُ وابنُ الرِّفْعَةِ لِزَوالِ حاجَتِه قال ، وإنَّما لم يرُدَّه وقت القَيْلُولَةِ في الصَّيفِ لِما فيه من المشَقَّةِ الظَّاهرَةِ (و) يرُدُّ (الحارِسَ) الذي ينتفعُ به في الليلِ (نَهارًا) لِما مَرَّ ، وذِكْرُ الحارِسِ مِثالٌ أمَّا ما يدومُ استيفاءُ مَنافعِه فلا رَدَّ فيه .

(فرعٌ : لا تُزالُ يدُ البائعِ عن المحبوسِ بالثَّمَنِ لاستيفاءِ مَنافعِه) ، لأنَّ مِلْك المشتري غيرُ مُستقِرٍّ (بل يستكْسِبُ) في يدِه للمُشتري ، وتعبيرُه بالمحبوسِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالعبدِ المحبوسِ .

= نفيُ أصلِ الفِعلِ قال الإمامُ : ومَنْ راعَى الإشهادَ قال لو كان مَشهورًا بالخيانَةِ لا يُسَلَّمُ إليه وإنْ أشهَدَ . قال الأذْرَعيُّ : وهذا مُتعَيِّنٌ ، لأنَّه قد يكْتُمُه ويدَّعي تلَفه أو سَرِقَته أو إباقَه ونحوها أو يُتْلِفُه ولا شيءَ له غيرُه أو يُخفي ماله وفي شرحِ المنهاجِ لِلسُّبكيِّ نَحوُه .

(١) (قولُه : وإليْه أشارَ الرَّافِعِيُّ في آخرِ كلامِه) وعِبارَةُ الحاوِي الصَّغيرِ : ويشهَدُ لا ظاهرُ العدالَةِ ، وعِبارَةُ المنهاجِ : ويشهَدانِ اتَّهَمَه قال الزَّركَشِيُّ : وكلامُه يُفهِمُ الاكْتفاءَ بالإشهادِ أوَّلَ دَفعَةٍ وأنَّ غيرَ المتَّهَمِ لا يُكلَّفُ الإشهادَ وهو الأصَحُّ وتكْفِي عَدالَتُه .

(٢) (قولُه : لِكونِه مُحرَّمًا) أو يحْرُمُ عليه وطْؤُها كَمُسلِمٍ وهي مَجوسيَّةٌ أو وثَنِيَّةٌ .

(٣) (قولُه : فيرُدُّ الخادِمَ والمركوبَ لَيْلا) عَدَلَ عن قولِ غيرِه : في اللَّيْلِ إلى قولِه : لَيْلا ليُعَرِّفكَ أنَّ رَدَّهما غيرُ واجِبٍ في جَميعِ اللَّيْلِ بل في وقتٍ منه ، وهو الذي يراحانِ فيه بحَسَبِ العادَةِ ومِثْلُ ذلك قوله تعالى ﴿سُبحانَ الذي أسرَى بعبدِه لَيْلا﴾ .

(فرعٌ : فإنْ أذِنَ له المرتهنُ فيما مَنَعَ منه لأجْلِه [١] نَفذَ) فيه (تصرُّفه) [٢] لأنَّ المنعَ كان لِحَقِّه [٣] ، وقد زالَ بإذنِه (، وإحبالُه) هو داخِلٌ في تصرُّفِه (وبطَلَ الرَّهْنُ) بذلك قال في الذَّخائِرِ : فلو أذِنَ له في الوطْءِ فوطِئَ ثُم أرادَ العودَ إليه مُنِعَ ؛ لأنَّ الإذنَ يتضمَّنُ أولَ مَرَّةٍ إلا أنْ تحبَلَ من تِلْك الوطْأةِ فلا مَنْعَ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ قد بَطَلَ قال الأذْرَعيُّ : فإنْ صَحَّ ما ذكَره فيُقاسُ به ما في مَعناه مِمَّا يتعاقَبُ قال : / ثُم رَأيت كلامَ غيرِه يُفهِمُ خِلافَ قولِه [٤] حَيثُ قال ، ولو كان مِمَّا يتكرَّرُ ١٦٣/٢ مع بَقاءِ المِلْكِ كالوطْءِ إذا أذِنَ فيه ووطِئَ ، ولم تحبل فله الرُّجوعُ أيضًا ليمتنِعَ من الوطْءِ بعدَه [٥] (فإنْ رجع المرتهنُ) [٦] عن إذنِه لِلرَّاهنِ (قبلَ التصرُّفِ ، ولو لم يعلم الرَّاهنُ) الرُّجوعَ حتّى تصرّف بغيرِ إعتاقِه وإيلادِه ، وهو مُوسِرٌ (لم ينفُذْ) تصرُّفُه لِخُلُوِّه عن الإذنِ ، ورُجوعُ المرتهنِ عن إذنِه جائزٌ كما صرّحَ به الأصلُ لِبَقاءِ حَقِّه كما أنَّ للمالِكِ الرُّجوعَ قبلَ تصرُّفِ الوكيلِ

(وللمُرتهنِ الرُّجوعُ فيما وهبَ الرَّاهنُ بإذنِه) في الهبَةِ ، ولو مع القبضِ (قبلَ

---

(١) (قولُه : فرعٌ : فإنْ أذنَ له المُرتهنُ فيما مَنَعَ منه لأجلِه إلخ) قال ابنُ النقِيب : ظاهرُه جَوازُ الرَّهنِ بالإذنِ ويكونُ فسخًا لِلرَّهنِ المُتقدِّمِ كالبيعِ بالإذنِ فإنْ كان كذلك أشكلَ ما سَبَقَ من مَنعِ رَهنِه عندَ المُرتهنِ بدَينٍ آخَرَ فإنَّه يتضمَّنُ الرِّضا فينبَغي أنْ يصِحَّ ويكونَ فسخًا لِلأوَّلِ كما يصِحُّ بَيْعُه منه ويكونُ فسخًا لِلرَّهنِ . ا هـ . ومَنَعَ جَماعَةٌ كونَ الرِّضا بذلك يتضمَّنُ فسخَ الرَّهنِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه قد يظُنُّ أو يعتقِدُ صِحَّةَ الرَّهنِ الثاني بخلافِ الإذنِ في البيعِ لا يُشكِلُ بذلك ؛ لأنَّ صورَةَ ذلك أنْ يرهَنَ به المرهونَ مع بَقاءِ رَهنِيَّته بالأوَّلِ فهو كما لو أذنَ في رَهنِه مع غيرِه مع بَقاءِ رَهنِيَّته بدَينِه قال شيخُنا : هَكذا ذكرَه الشارِحُ في شرحِ البهجةِ . ا هـ . وما ذكرَه مَمنوعٌ إذْ لا يصِحُّ رَهنُه منه بدَينٍ آخَرَ إلا بعدَ فسخِ الرَّهنِ الأوَّلِ .

(٢) (قولُه : نَفَذَ تصرُّفُه) ولو أذنَ له في الإعتاقِ فرَدَّ الإذنَ وقال : لا أعتقُه ثم أعتقَه نَفَذَ.

(٣) (قولُه : لأنَّ المنعَ كان لِحَقِّه) وقد زالَ بإذنِه بشرطِ كونِه ارتهَنَ لِنفسِه وبَقاءُ أهليَّته إلى حينِ التصرُّفِ وهذا في البيعِ لا لِوفاءِ الدَّينِ الحالِّ أمَّا لو كان لأجلِه فلا يبطُلُ الرَّهنُ بمُجَرَّدِ البيعِ حتى لو فُسِخَ بخيارِ مَجلِسٍ أو شرطٍ دامَ الرَّهنُ فيما يظهَرُ قاله الأذْرَعيُّ .

(٤) (قولُه : يُفهِمُ خلافَ قولِه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قولُه : فله الرُّجوعُ أيضًا ليمتنِعَ من الوطْءِ بعدَه) قَضيَّتُه أنَّ له أنْ يُكَرِّرَ ما لَم يرجِع المُرتهنُ عن الإذنِ وقال الزَّركَشيُّ : الأقرَبُ أنْ يُقال إنْ كان هناكَ قَرينَةٌ تدُلُّ على الزِّيادَةِ على المرَّةِ فذاكَ وإلا فالمُطلَقُ مَحمولٌ على المرَّةِ .

(٦) (قولُه : فإنْ رَجَعَ المُرتهنُ إلخ) أو خَرَجَ عن الأهليَّةِ .

قبضِ الهبَـةِ) بمعنى الموهوب ؛ لأنَّها إنَّما تتِمُّ بالقبضِ ، ومِثلُها الرَّهْنُ (١) **(لا فيما باعَ)** أي لا يرجِعُ فيه **(في مُدَّةِ الخيارِ)** ؛ لأنَّ البيعَ مَبْنِيٌّ على اللُّزومِ ، والخيارُ دَخيلٌ فيه إنَّما يظهَرُ أثرُه في حَقِّ مَنْ له الخيارُ (٢) **(ومَتى)** تصرّف كأنْ **(أحبَلَ أو أعتقَ ، وادَّعَى الإذْنَ)**وأنكره المرتهنُ **(فالقولُ قولُ المرتهنِ)** بيمينِه لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الإذْنِ(٣) ، وبَقاءُ الرَّهْنِ فإنْ حَلَف فهو كما لو تصرّف بغيرِ إذْنِه **(فلو نَكلَ حَلَفَ الرَّاهِنُ)** ، وكان كما لو تصرّف بإذْنِه **(فإنْ نَكلَ حَلَفَ العتيقُ ، والمستولَدَةُ)** ؛ لأنَّهما يُثبتانِ الحقَّ لأنفُسِهما بخِلافِه في نُكولِ المفلِسِ أو وارِثِه حَيْثُ لا يحلِفُ الغُرَماءُ ؛ لأنَّهم يُثبتونَ الحقَّ للمُفْلِسِ أولا **(و)** إذا اختلَف في ذلك أحدُ العاقِدَيْنِ ، وورثَه الآخَرُ **(يحلِفُ ورَثَةُ المرتهنِ على نفيِ العِلْمِ ، وورَثَةُ الرَّاهنِ على البَتِّ ، ولا يثبُتُ الإذْنُ إلا بشاهدَينِ)** فلا يثبُتُ بغيرِهما كشاهدٍ ، وامرأتينِ أو شاهدٍ ، ويمينٍ كالوكالَةِ والوصايةِ .

(فرعٌ :) لو **(أتتْ)** أي : الأمَةُ المرهونَةُ **(بولَدٍ فادَّعَى الرَّاهنُ استيلادَها بالإذْنِ)** من المرتهنِ **(صُدِّقَ بلا يمينٍ إن اعترَف له المرتهنُ بالإذْنِ في الوطْءِ ، وبالوطْءِ ، وبمُدَّةِ إمكانِ الولادَةِ)** أي بمُضيِّها **(وبالوِلادَةِ)** ؛ لأنَّه إذا أقَرَّ بأنَّ الولَدَ منه لم يُقبل رُجوعُه فكيف يحلِفُ عليه **(وإلا)** أي : وإنْ لم يعترِفْ له بمَجْمُوعِ الأربعَةِ **(فالقولُ قولُ المرتهنِ)** بيمينِه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه ، وبَقاءُ الرَّهْنِ .

(فرعٌ) إذا **(أذِنَ له في بيعِ الرَّهْنِ)** أي : المرهونِ فباعَه **(والدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ فلا شيءَ له)** على الرَّاهنِ من قيمَتِه ليكونَ رَهْنًا مَكانه لِبُطْلانِ الرَّهْنِ **(أو حال قَضَى)** حَقَّه **(منه)** أي : من ثَمَنِه وحَمَلَ إذْنَه المطْلَقَ على البيعِ في غَرَضِه لِمَجيءِ وقتِه ، ولا

---

(١) (قولُه : ومِثلُها الرَّهْنُ) أو وطِئَ بإذْنِه ولَمْ تحبل .

(٢) (قولُه : إنَّما يظهَرُ أثرُه في حَقِّ مَنْ له الخيارُ) يُفهِمُ أنَّه فيما إذا شَرَطَ الرَّاهنُ الخيارَ لِنفسِه أو لأجنَبِيٍّ فإنْ شَرَطَه لِلمُرتهنِ كانتْ له سَلطَنَةُ الرُّجوعِ بلا خلافٍ .

(٣) (قولُه : لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الإذْنِ) هذا بشرطِ أنْ لا يكونَ العبدُ المُعتقُ تعلَّقَتْ به جِنايةٌ بعدَ الرَّهْنِ وأنْ لا يكونَ قد حُجِرَ عليه بالفلَسِ فإنَّ حَقَّ الغُرَماءِ قد تعلَّقَ بالمالِ لكنْ قَدَّمنا حَقَّ المُرتهنِ لِتعَلُّقِه بالعينِ وأنْ يكونَ الرَّاهنُ أهْلا لِلتَّبَرُّعِ فلو كان مُكاتبًا وأذِنَ له بالإعتاقِ لَم يصِحَّ ، لأنَّه حَقٌّ قد ثَبَت له فليس له إسقاطُه إلا بإذْنِ السَّيِّدِ وهذا التعليلُ يقتضي أنَّهما لو اتَّفقا على الإذْنِ وقال المُرتهنُ : رَجَعت عن الإذْنِ قبلَ أنْ تتصَرَّف وقال الرَّاهنُ : لَم تكُنْ رَجَعت أنَّ القولَ قولُ الرَّاهنِ : لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الرُّجوعِ .

ينطُلُ الرَّهنُ فيكونُ الرَّاهنُ محجورًا عليه في الثمَنِ إلى وفاءِ الدَّيْنِ فصورَتُه كما قال الزَّركشيُّ (١) أنْ يأذَنَ في بيعِه ليأخُذَ حقَّه أو يُطلِقَ ، فإنْ قال : بعه ولا آخُذُ حقِّي منه بَطَلَ الرَّهنُ (وإذا أذِنَ) له (في البيعِ أو العِتْقِ) بمعنى الإعتاقِ (بشرطِ كونِ) أو جَعلِ (الثمَنِ) في البيع (أو القيمَةِ) في العِتْقِ (رَهنًا بطَلَ البيعُ) (٢) لِفسادِ الإذْنِ (٣) كما سَيأتي سواءٌ أكان الدّيْنُ حالاً أم مُؤَجَّلا (٤) نَعَم قال الإسنَويُّ : لا وجهَ للبُطْلانِ في الحالِّ فيما إذا شرَطَ كونَ الثمَنِ رَهنًا ، لأنَّه تصريحٌ بمُقتضَى الإذْنِ بخِلافِه فيما إذا شرَطَ رَهنَه أو جَعله رَهنًا لأنَّ رَهنَ المرهونِ مُحالٌ (و) بَطَلَ (الإذْنُ) لِفسادِ الشرطِ كما لو أذِنَ بشرطِ أنْ يرهَنَ به مالا آخَرَ (و) بَطَلَ (عِتْقُ المعسِرِ) دون عِتْقِ الموسِرِ لِما مَرَّ ، وكالإذْنِ في الإعتاقِ بالشرطِ المذْكُورِ الإذْنُ في الوطْءِ بهذا الشرطِ إنْ أحبَلَ ، والتصريحُ ببُطْلانِ عِتْقِ المعسِرِ من زيادَتِه في أكثَرِ النُّسَخِ .

(وكذا) ينطُلُ البيعُ والإذْنُ (لو شرَطَ أنْ يُوفِّيه من الثمَنِ ، والدّيْنُ مُؤَجَّلٌ) لِفسادِ الشرطِ لِعَدَمِ لُزومِ تعجيلِ المؤَجَّلِ بالشرطِ بخِلافِه في الحالِّ واستشكلَ البُطْلانُ في ذلك بالصِّحَّةِ فيما لو وكَّلَ / وكيلا بالبيعِ على أنَّ له عُشرَ ثمَنِه مع فسادِ الشرطِ ١٦٤/٢
لِجَهالَةِ الثمَنِ ، وأُجيبَ بأنَّ الموكِّلَ لم يجْعَلْ لِنفسِه في مُقابَلَةِ إذْنِه شيْئًا ، وإنَّما شرَطَ

---

(١) (قولُه : فصورَتُه كما قال الزَّركَشيُّ إلخ) ما نَسَبَه الشارحُ لِلزَّركَشيِّ صَرَّحَ به الدَّارميُّ .

(٢) (قولُه : بَطَلَ البيعُ) لأنَّه رَهنٌ مجهولٌ وغيرُ مملوكٍ .

(٣) (قولُه : لِفسادِ الإذْنِ) أي : بفسادِ الشرطِ وفسادُه بجَهالَةِ الثمَنِ أو القِيمَةِ عندَ الإذْنِ وليس الانتقالُ شرطًا كالانتقالِ شرعًا ، وبهذا عُلِمَ جَوابُ ما سَيأتي عن الإسنَويِّ ، والحاصِلُ أنَّه لا فرقَ بين شرطِ جَعلِ الثمَنِ رَهنًا وبين شرطِ كونِه رَهنًا وقولُه وفسادُه بجَهالَةِ الثمَنِ إلخ كَتَبَ عليه هذه العِلَّةَ مُنتقَضَةٌ بما إذا عَيَّنَ الثمَنَ لا جَرَمَ عَلَّله في الإبانَةِ بأنَّه كما لو شَرَطَ أنْ يرهَنَ عندَه عَيْنًا أُخرَى وهي عِلَّةٌ صحيحةٌ ع ، وقولُه : هذه العِلَّةُ مُنتقضَةٌ بما عَيَّنَ الثمَنَ كَتَبَ عليه أيضًا والظَّاهرُ عَدَمُ الفرقِ .

(٤) (قولُه : سَواءٌ أكان الدَّيْنُ حالاً أم مُؤَجَّلا) سَواءٌ أشَرَطَ كونَ الثمَنِ رَهنًا أم جَعله رَهنًا على ما يقتضيه كلامُهم وكذا حالاً وشَرَطَ جَعلَه رَهنًا كما قالَه الرَّافِعِيُّ تبَعًا لِلقاضي الحُسَيْنِ والبغَويِّ ، أمَّا إذا شَرَطَ في الحالِّ كونَ الثمَنِ رَهنًا فيصِحُّ قَطعًا ، لأنَّه زادَ تأكيدًا ، لأنَّ ذلك حُكمُه إذا أطلَقَ الإذْنَ قال الزَّركَشيُّ : وبذلك صَرَّحَ العِراقِيُّونَ منهم الماورديُّ والرُّويانيُّ فقالوا يصِحُّ البيعُ ويكونُ ثمَنُه رَهنًا بمُقتضَى البيعِ لا بالشرطِ ، وكان الشرطُ تأكيدًا وقال شارِحُ التعجيزِ : هذا في الدَّيْنِ المؤَجَّلِ أمَّا الحالُّ فيصِحُّ الشرطُ ، لأنَّه شَرَطَ ما يقتضيه الإطْلاقُ فقد زادَ تأكيدًا قاله الإمامُ وخالَفه المتولِّي ، لأنَّه شَرَطَ حَجْرًا عليه فيما يقضي به الدَّيْنُ .

جُعلا مَجْهولا فاقتصَرَ الفسادُ عليه حتى يجِبَ أجرُ المِثلِ للوكيلِ ، وهنا المرتهنُ شرَطَ لِنفسِه في مُقابَلَةِ إذْنِه رَهْنَ الثَمَنِ أو تعجيلَ الدّيْنِ فبفسادِه يفْسُدُ مُقابلُه لكن قالُوا فيما لو صالحَ الرَّاهنُ عن أرشِ الجِنايةِ بغيرِ الجِنْسِ بإذْنِ المرتهنِ صَحَّ ، وكان المأخوذُ رَهْنًا ، ولم يقولُوا إنَّه إذا شرَطَ في الصُّلْحِ رَهْنَ المصالحِ عليه ينطُلُ قال الرَّافعيُّ والقياسُ التسويةُ فإنَّ الصُّلحَ (١) بيعٌ قال في المطْلَب : ولَعَلَّ الفرقَ أنَّ مُتعَلِّقَ الوثيقَةِ هناك البَدَلُ فلم يكنْ فرق بين الأرشِ والمصالحِ عليه بخِلافِه هنا فإنَّ فيه نَقلَ وثيقَةٍ من عَيْنٍ إلى عَيْنٍ ، وهو مُمتنِعٌ ، وكيف لا والمراوِزَةُ يقولُونَ : إنَّ الأرشَ لا يُوصَفُ بكونِه مَرهونًا قبلَ القبضِ ، ومِثلُه لا يُقالُ في البيعِ انتهى .

وقد يُقالُ : يُحمَلُ ما هناك على ما هنا (٢) ، وأولى من ذلك كُلِّه أنْ يُقال : ما هنــاك تصْريحٌ بمُقتضَى الإذْنِ **(ولو اختلَفا في اشتِراطِه)** بأنْ قال المرتهنُ : أذِنْتُ بشرطِ أنْ ترهَنَ الثَمَنَ أو توفِّيَ منه الدّيْنَ ، وهو مُؤَجَّلٌ وقال الرَّاهنُ : بل أذِنْت مُطلَقًا ، **(صُدِّقَ المرتهنُ بيمينِه)** كما لو اختلَفا في أصلِ الإذْنِ ، وقولُه : بيمينِه من زيادَتِه **(فإنْ كان الاختِلافُ)** قبلَ البيعِ فليس له البيعُ أو **(بعدَ البيعِ وحَلَف المرتهنُ ، وصَدَّقَه المشتري)** أو أقَرَّ بالرَّهْنِ ، وصَدَّقَ الرَّاهنُ كما صرّحَ به الأصلُ **(فالبيعُ باطِلٌ)** والرَّهْنُ باقٍ بحالِه **(وإنْ أنكرَ أصلَ الرَّهْنِ حَلَف ، وعلى الرَّاهنِ قيمَتُه فإنْ أقامَ المرتهنُ بَيِّنَةً بالرَّهْنِ فهو كإقرارِ المشتري بالرَّهْنِ)** فيما ذُكِرَ .

(فرعٌ) لو **(قال المرتهنُ لِلرَّاهنِ : اضرِبْه)** أي : المرهونَ **(فضَرَبَه فمات لم يضْمَنْ)** لِتولُّدِه من مَأذونٍ فيه كما لو أذِنَ في الوطْءِ فوطِئَ ، وأحبَلَ **(بخِلافِ قولِه)** له **(أدِّبْه)** فإنَّه إذا ضَرَبَه فمات يضمَنُه ، لأنَّ المأذونَ فيه هنا ليس مُطلَقَ الضَّرب بل ضَرْبُ تأديبٍ ، ومِثلُه ما إذا ضَرَبَ الزَّوجُ زَوجَته أو الإمامُ إنسانًا تعزيرًا كما سَيأتي في ضَمانِ المتلَفاتِ .

---

(١) (قولُه : قال الرَّافِعِيُّ : والقِياسُ التسويةُ فإنَّ الصُّلحَ إلخ) وقال السُّبكيُّ : وأيضًا فإنَّ الصُّلحَ هنا ليس كالبيعِ من كُلِّ وجهٍ بل كُلُّ المُصالَحِ عليه بَدَلٌ عن الجِنايةِ نفسِها ثم الإشكالُ إنَّما يتوجَّه إذا كان الصُّلحُ بعدَ وُجوب الأرشِ إمَّا في الخطَإِ وإمَّا في العمدِ بعدَ العفوِ أو حيثُ لا يجِبُ القِصاصُ أمَّا إذا صالَحَ عن الدَّمِ فبَدَلُ المُصالَحِ عليه ليس مُستحَقًّا لِلمُرتهنِ فلا يتوجَّه مَنعُه منه .

(٢) (قولُه : وقد يُقالُ : يُحمَلُ ما هناكَ على ما هنا) هذا ما عَبَّرَ عنه الرَّافِعِيُّ بالقِياسِ .

(فصلٌ) (التركةُ رَهنٌ) أي : مَرهونَـةٌ (بالدّينِ) الـذي على الميّـتِ (وإن جَهلَ) (١) فيستوي فيه الدّينُ المستغرَقُ ، وغيرُه ؛ لأنَّه أحـوطُ للمَيّتِ ، وأقرَبُ لِبَراءَةِ ذِمَّتِه (فتصَرُّفُ الورَثَـةِ كتصَرُّفِ الـرَّاهنِ) فلا ينفُذُ في شيءٍ منها قبـلَ وفاءِ الدّينِ بغيرِ إذْنِ الغريمِ (ولو قَلَّ الـدّينُ) إلا أن يكونَ التصَرُّفُ إعتاقًا أو إيلادًا ، وهو مُوسِرٌ نَعَم لو لم تفِ التركةُ بالدّينِ فوفُّوا قدرَها انفكّتْ عن الرّهنيَّةِ بخِلافِ نَظيرِه في الرَّهنِ ، ولو أدَّى بعضُهم بقِسطِ ما ورِثَ انفكَّ نَصيبُه بخِلافِ ما لو رَهَنَ مُورِّثُهم فأدَّى بعضُهم (٢) بالقِسطِ كما سَيأتي ذلك قُبيلَ الباب الرَّابعِ ، وما ذَكرَه مَحَلُّه في دَيْنِ الأجنَبيِّ أمَّا دَيْنُ الوارِثِ فقال السُّبكيُّ : قد غَلِطَ جَماعَةٌ في زَمانِنا فظَنُّوا أنَّه يسقُطُ منه بقدرِ إرثِه ، والصَّوابُ : أنَّه يسقُطُ منه ما يلزَمُه أداؤُه منه (٣) لو كان لأجنَبيٍّ ، وهو نِسبَةُ إرثِه من الدّينِ إنْ كان مُساويًا لِلتَّركةِ أو أقَلَّ ، ومِمَّا يلزَمُ الورَثَةَ أداؤُه إن كان أكثَرَ ، ويستقِرُّ له نَظيرُه من الميراثِ ، ويُقَدَّرُ أنّه أُخِذَ منه ثُم أُعيدَ

---

(١) (قولُه : التركَةُ رَهنٌ بالدَّينِ وإنْ جَهلَ) قال الإسنَويُّ في الطِّرازِ : إلا أنْ يكونَ الدَّيْنُ لِمَن أيِسَ من مَعرفته فلا يتعَلَّقُ بها ؛ لأنَّه لا غايةَ لِلحَجرِ عليها وكَتبَ أيضًا لو أرادَ صاحِبُ الدَّيْنِ الفسخَ لَم يكُنْ له ذلك لأنَّ الرَّهنَ لِمَصلَحةِ الميّت والفكُّ يُفوِّتُها فش تناولَ كلامُهم ما لو كان بالدَّيْنِ رَهنٌ مُساوٍ له أو أزيدُ منه بحيثُ يظهَرُ ظهورًا قَويًّا أنَّه يوفَّى منه ، فمُقتضَى إطلاقِهم أنَّه يتعَلَّقُ ببَقيَّةِ التركَةِ أيضًا وقال البُلقِينيُّ : لَم أقِف على نَقلٍ في المسألَةِ ولا يبعُدُ أنْ يكونَ الشيءُ يتعَلَّقُ تعَلُّقًا خاصًّا وتعَلُّقًا عامًّا ، والأقرَبُ أنَّه لا يمتنِعُ على الوارِثِ التصَرُّفُ في الباقِي وله شاهدٌ . ا هـ . والأقرَبُ الامتناعُ قال السُّبكيُّ : إذا كان الدَّيْنُ أكثرَ من التركَةِ فهل نَقولُ إنَّها رَهنٌ بجَميعِه أو بقدرِها منه ، لأنَّه الذي يجِبُ على الوارِثِ أداؤُه لَم أجِد فيه نَقلا والأقرَبُ الثاني . ا هـ . أي وإلا لَما كانتْ تنفكُّ بإعطاءِ الوارِثِ قِيمَتها فقط مع أنَّها تنفكُّ كما سَيأتي ، المُرَجَّحُ الأوَّلُ كما عُلِمَ من قولِ المُصَنِّفِ ، ولو قَلَّ الدَّيْنُ أخذًا من قولِ أصلِه ولا فرقَ بين أن يكـونَ الدَّيْنُ مُستغرِقًا لِلتَّركَةِ أو أقلَّ منها على أظهَرِ الوجهَيْنِ . ا هـ . ولا يُخالِفُ هذا ما استـدَلَّ به لِلثَّاني ، وقولُه : فمُقتضَى إطْلاقِهم إلخ أشارَ إلى تصحيحِـه وكذا قولُه والأقرَبُ الامتناعُ .

(٢) (قولُه : بخلافِ ما لو رَهَنَ مورِّثُهم فأدَّى بعضُهم إلخ) وفرَّقَ بأنَّ الأوَّلَ رَهنٌ شرعيٌّ والثاني وضعيٌّ ، ويتوسَّعُ في الشرعيِّ ما لا يتوسَّعُ في الوضعيِّ لكونِ الرَّاهنِ فيه هـو الذي حَجَرَ على نفسِه وبأنَّ الرَّهنَ في الوضعيِّ تقَدَّمَ على انتقالِ التركَةِ فقَوِي بتقَدُّمِه بخلافِه في الشرعيِّ فإنَّهما حَصَلا مَعًا وبأنَّ الورَثةَ يخلُفونَ المورِّثَ في الـوضعيِّ فلا ينفكُّ شيءٌ من الرَّهنِ ما بَقِي شيءٌ من الدَّيْنِ كما كان بخلافِ الشرعيِّ .

(٣) (قولُه : والصَّوابُ : أنَّه يسقُطُ منه ما يلزَمُ أداؤُه منه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه

إليه عن الدَّيْنِ ، وهذا سَبَبُ سُقوطِه وبَراءَةِ ذِمَّةِ الميِّتِ منه ، ويرجِعُ على بَقيَّةِ الورَثَةِ ببَقيَّةِ ما يجِبُ أداؤُه على قدرِ حِصَصِهم ، وقد يُفضي الأمرُ إلى التقاصِّ إذا كان الدَّيْنُ لِوارِثِينَ ، وأطالَ في بَيانِه رحمه الله (فلو تصرّفوا) ولا دَيْنَ (ثُم طَرَأَ دَيْنٌ تقَدَّمَ سَبَبُه) على الموتِ (كساقِطٍ في بئرٍ حَفرَها الميِّتُ عُدْوانًا) ، وكرَدِّ مَبيعٍ بعَيْبٍ أتلَف البائعُ ثَمَنَه (لم يفسُدْ) تصَرُّفُهم ، لأنَّه كان جائِزًا لهم ظاهرًا (بل يُطالَبونَ) بما طَرَأَ (فإن امتنَعوا) من أدائِه الأولى، فإنْ لم يسقُطْ (فُسِخَ) التصَرُّفُ[1]

١٦٥/٢ ليصِلَ المستحِقُّ إلى حَقِّه ، وظاهرٌ أنَّ / مَحَلَّ الفسخِ في غيرِ إعتاقِ الموسِرِ ، وإيلادِه أمَّا فيهما فلا فسخَ كالمرهونِ بل أولى لِطَرَيانِ التعَلُّقِ على التصَرُّفِ ، وتعبيرُه بطُرُقِ الدَّيْنِ أولى من تعبيرِ أصلِه بظُهورِه .

(ولِلوارِثِ أخذُ التركةِ بقيمَتِها) [2] وقَضاءُ الدَّيْنِ من مالِه (والدَّيْنُ أكثَرُ) من التركةِ ، وإنْ أرادَ الغُرَماءُ بيعَها لِتوقُّعِ زيادَةِ راغِبٍ ، لأنَّ الظَّاهرَ أنَّها لا تزيدُ على القيمَةِ ، ولأنَّ له غَرَضًا صَحيحًا في ذلك ، ولا ضَرَرَ عليهم فيه بخِلافِ الأجنَبيِّ المتبرِّعِ إذ لا حَقَّ له في عَيْنِ التركةِ (إلا إنْ طُلِبَتْ بزيادَةٍ) فلا يأخُذُها الوارِثُ بقيمَتِها ، وهذا من زيادَتِه أمَّا إذا كان الدَّيْنُ أقَلَّ منها أو مُساوِيًا لها فله أخذُها مُطْلَقًا إذ لا حَقَّ للغُرَماءِ في الزِّيادَةِ ، ويُستثنَى من جوازِ أخذِها ما إذا أوصَى المورِّثُ ببيعِها في وفاء دَيْنِه أو بدَفْعِها لِمَدينِه عِوضًا عن دَيْنِه وما إذا اشتمَلَتِ التركةُ على جِنْسِ الدَّيْنِ ، لأنَّ لِصاحِبه أن يستقِلَّ بأخذِه ، وما إذا تعلَّقَ الحقُّ بعَيْنِها ، وما عَدا الأخيرَةَ يُعلَمُ من باب الوصيَّةِ ، والأخيرَةُ ذَكرَها في الكِفايةِ في آخِرِ القِراضِ عن تصْريحِ الرُّويانيِّ (وزَوائِدُها) [3] أيِ : التركةِ ككَسْبٍ ، ونِتاجٍ حدَثا بعدَ الموتِ (له) أي : للوارِثِ ، لأنَّها حدَثَتْ في مِلكِه بناءً على ما مَرَّ في الزَّكاةِ [4] من أنَّ

---

(١) (قولُه : فإنِ امتنَعوا فسَخَ التصَرُّف) أي فسَخَ الحاكِمُ العقدَ الصَّادِرَ من الوارِثِ . ك .

(٢) (قولُه : ولِلوارِثِ أخذُ التركَةِ بقِيمَتِها) لو تلِفتْ بعدَ أداءِ دُيونِ الوارِثِ إليها وقبلَ التمَكُّنِ من وفاءِ الدَّينِ لَم يضمَنْها .

(٣) (قولُه : وزَوائِدُها) أي : التركَةِ له لو مات وقد بَرَزَتْ ثَمَرَةٌ لا كِمامَ لها فهي تركَةٌ وكذا إنْ كان لها كِمامٌ لكن أُبِّرَتْ قبلَ موته فإنْ لَم تُؤَبَّر أو ترَكَ حَيوانًا حامِلًا فوجهانِ بناءً على أنَّه يأخُذُ قِسطًا من الثمَنِ أوَّلًا ولو مات عن زَرعٍ لَم يُسَنبِل ثم سَنبَلَ فالأقرَبُ أنَّه لِلورَثَةِ .ع .

(٤)(قولُه : بناءً على ما مَرَّ في الزَّكاةِ) من أنَّ الدَّينَ لا يمنَعُ الإرثَ ، لأنَّه لو كان باقِيًا على مِلكِ الميِّت لَوَجَبَ أن يرِثَه مَن أسلَمَ أو عَتَقَ من أقارِبه قبلَ قَضاءِ الدَّينِ وأن لا يرِثَه مَن ....=

الدَّيْنَ لا يمنَعُ الإرثَ .

(الطَّرَفُ الثاني : المرتهنُ ، واليدُ) على المرهونِ **(له كما سَبَقَ شرَطا)** أيِ : العاقِدانِ **(وضْعَه عند عَدْلٍ** (١) **أو عَدلَيْنِ جازَ)** ؛ لأنَّ كُلاًّ منهما قد لا يثِقُ بصاحِبه ، وكما يتولَّى العدلُ الحِفظَ يتولَّى القبضَ أيضًا كما اقتضاه كلامُ ابنِ الرِّفعَةِ ، ولو عَبَّرَ كالأصلِ بَدَلَ عَدلٍ أو عَدلَيْنِ بثالِثٍ أو اثنَيْنِ كان أولى فإنَّ الفاسِقَ كالعدلِ في ذلك (٢) لكنَّ محلَّه فيمَنْ يتصرَّفُ لِنفسِه التصَرُّفَ التامَّ أمَّا غيرُه كوليٍّ ، ووكيلٍ ، وقَيِّمٍ ، ومَأْذونٍ له ، وعامِلِ قِراضٍ ، ومُكاتبٍ حَيثُ يجوزُ لهم ذلك فلا بُدَّ من عَدالَةِ مَنْ يُوضَعُ المرهونُ عنده ذَكَرَه الأذْرَعيُّ (٣) ، ولو شرَطا وضعَه بعدَ اللُّزومِ عند الرَّاهِنِ ، فكلامُ الغزاليِّ كالصَّريحِ (٤) في المنعِ قال لأنَّ يدَه لا تصْلُحُ لِلنِّيابَةِ عن غيرِه إذ هو مُستقِلٌّ بالمِلْكِ ، ومُقتضَى كلامِ صاحِبِ المطلَبِ أنَّه (٥) يصِحُّ فإنَّه حَمَلَ كلامَ الغزاليِّ على ابتِداءِ القبضِ **(وليس لأحدِهما)** أيِ : العدلَيْنِ **(أنْ ينفرِدَ بحِفظِه)**

= مات قبلَ القضاءِ من الورَثةِ ؛ ولأنَّ تعَلُّقَه لا يزيدُ على تعَلُّقِ حَقِّ المُرتهنِ بالمرهونِ أو المجنيِّ عليه بالجاني أو الغُرَماءِ بمالِ المُفلِسِ وذلك لا يمنَعُ المِلكَ ، فكذا هنا ، ولو مات عن زَرعٍ لَم يُسَنبِل هل يكونُ الحبُّ من التركَةِ أو لِلورَثةِ قال الأذْرَعيُّ : الأقرَبُ الثاني ثم قال : فلو بَرَزَت السَّنابلُ فمات ثم صارَت حَبًّا فهذا موضِعُ تأمُّلٍ . ا هـ . وقال بعضُهم : إنَّ الزِّيادَةَ الحاصِلَةَ بعدَ الموت لِلورَثةِ فلا يتعَلَّقُ الدَّيْنُ بها ، وفصلُ الحُكمِ في ذلك فيما يظهَرُ أنْ يُقَوَّمَ الزَّرعُ على الصِّفةِ التي كان عليها عندَ الموت فيتعَلَّقُ الدَّيْنُ بقدرِ ذلك من ثمَنِه ، وقولُه قال الأذْرَعيُّ : الأقرَبُ الثاني أشارَ إلى تصحيحِه ، وكذا قولُه : وقال : بعضُهم إنَّ الزِّيادَةَ إلخ .

(١) (قولُه : فإنْ شرَطا وضعَه عندَ عَدلٍ) لو شرَطَ كونَه في يدِ المُرتهنِ يومًا وفي يدِ العدلِ يومًا جازَ .

(٢) (قولُه : فإنَّ الفاسِقَ كالعدلِ في ذلك) إذا كان أهْلا لِليدِ عليه .

(٣) (قولُه : ذكرَه الأذْرَعيُّ وغيرُه) وهو ظاهرٌ .

(٤) (قولُه : فكلامُ الغزاليِّ كالصَّريحِ إلخ) وتبعَه ابنُ يونُسَ في التنْبيه .

(٥) (قولُه : ومُقتضَى كلامِ صاحِبِ المطلَبِ أنَّه يصِحُّ) وقال السُّبكيُّ : الذي يظهَرُ أنَّه يصِحُّ ؛ لأنَّ عندَنا يجوزُ أنْ يُعيدَ الرَّهنَ إلى الرَّاهِنِ لينتفِعَ به قال الغزِّيُّ : وقد دَلَّ عليه كلامُهم في المسألَةِ الآتيةِ فيما إذا تشاحَّا بعدَ أنْ طرَأَ على ثانيهما الفِسقُ مَثلا ، فإنَّ قَضيَّةَ كلامِهم أنَّهما لو رَضيا بوضعِه في يدِ أحدِهما جازَ . ا هـ .

وقد نَصَّ الشافِعيُّ رضي الله عنه على المسألَةِ فقال في الأُمِّ : وأكرَه رَهْنَ الأمَةِ البالِغِ أو المُقارِبةِ لِلبُلوغِ التي يشتهى مِثلُها من مُسلِمٍ إلا أنْ يقبضَها المُرتهنُ ويُقِرَّها في يدِ مالِكِها أو يضَعَها على يدِ امرأَةٍ أو مَحْرَمٍ لِلجاريةِ . ف س .

كنَظيرِه في الوكالَةِ ، والوصيَّةِ فيجْعَلانِه في حِرزٍ لهما [١] ، فإن انفرَدَ أحدُهما بحِفظِه ضَمِنَ نِصْفه أو سَلَّمَ أحدُهما إلى الآخَرِ ضَمِنا مَعًا النِّصف **(إلا بإذْنٍ)** من العاقِدَيْنِ فيجوزُ الانفِرادُ

(فرعٌ : للعَدْلِ رَدُّه إليهما) أي : إلى العاقِدَيْنِ أو إلى وكيلِهما ، وليس له رَدُّه إلى أحدِهما بلا إذْنٍ **(فإنْ غابا ، ولا وكيلَ)** لهما **(فالرَّدُّ كالوديعَةِ)** ، وسَيأتي بَيانُه فيها **(فإنْ رَدَّه إلى أحدِهما بلا إذْنٍ)** من الآخَرِ **(فتلِف ضَمِنَ)** أي ضَمِنَه للآخَرِ ببَدَلِه ، وإنْ زادَ على الدّيْنِ وردَّه إلى المرتهنِ ليكونَ رَهْنًا مَكانه **(والقَرارُ على القابضِ)** لِحُصولِ التلَفِ تحت يدِه فإنْ كان الدّيْنُ حالاً ، وهو من جِنْسِ القيمَةِ جاءَ الكلامُ في التقاصِّ إنْ كان الرَّدُّ إلى المرتهنِ قال الرَّافِعِيُّ فيما إذا رَدَّه لِلرَّاهنِ [٢] :
١٦٦/٢ وللعَدْلِ إذا غرِمَه المرتهنُ تكْليفُ الرَّاهنِ / قَضاءَ الدّيْنِ لِفكِّ المأخوذِ منه أمَّا إذا كان باقيًا فيُسْتَرَدُّ .

(ولو غَصَبَه المرتهنُ من العدْلِ أو غُصِبَتِ العينُ من مُؤتمَنٍ غيرِه) كَمُودَعٍ ، ومُستأجِرٍ [٣] ، ومُرتهنٍ **(حَصَلَ بَراءَةُ الغاصِبِ)** فيهما **(بالرَّدِّ إليهما)** أي إلى العدْلِ في الرَّهْنِ ، والمؤتمَنِ في غيرِه من غيرِ تجْديدِ إذْنٍ فلا يتوقَّفُ حُصولُها على الرَّدِّ على المالِكِ **(لا)** بردِّ اللُّقَطَةِ **(إلى المـلتقِطِ)** [٤] قبلَ تملُّكِها **(إنْ غُصِبَتْ منه**

---

(١) (قولُه : فيجْعَلانِه في حِرزٍ لهما) مُقتضاه أنَّه لا يُقَسَّمُ لكنْ سَيأتي في الوصيَّةِ أنَّ الأكثرينَ فيما إذا اختلَفَا في الحِفظِ ولَم يكونا مُستقِلَّيْنَ أنَّه يُقَسَّمُ وهو الأصحُّ .

(٢) (قولُه : قال الرَّافِعِيُّ : فيما إذا رَدَّه لِلرَّاهنِ إلخ) قال البُلقِينيُّ : مُقتضاه أنَّه لا يرجِعُ العدلُ حينَئِذٍ فيُمكِنُ أنْ يكونَ فيما إذا كان الدَّيْنُ حالاً لِقولِه : له تكْليفُ الرَّاهنِ قَضاءَ الدَّيْنِ أمَّا إذا كان مُؤجَّلا فله طَلَبُ البدَلِ من الرَّاهنِ ويحتَمِلُ أنْ يكونَ الأمرُ كما ذكرَ سَواءٌ أكان الدَّيْنُ حالاً أم مُؤجَّلا ، لأنَّ مِلكَ العدلِ لَم يزُل عمَّا دَفعَه لِلمُرتهنِ فلو غَرِمَ الرَّاهنُ لَجمَع بين البدَلِ والمُبدَلِ لا يُقالُ : يلزَمُ نَظيرَه فيمَنْ غَصَبَ عبدًا فأبَقَ ؛ لأنَّ الذي غَرِمَ هناكَ لَم يجْمَع بين بَدَلٍ ومُبدَلٍ .

(٣) (قولُه : كمودَعٍ ومُستأجِرٍ إلخ) ووكيلٍ وعامِلِ القِراضِ والمُساقاةِ .

(٤) (قولُه : لا إلى المُلتقِطِ إلخ) لأنَّه لَم يرُدَّها إلى مالِكِها ولا إلى نائبِه قال البُلقِينيُّ : وغيرُه ينبَغي أنْ يُقَيَّدَ هذا بما قبلَ التمَلُّكِ أمَّا بعدَه فينبَغي أنْ يبرأَ حينَئِذٍ ؛ لأنَّه رَدَّها إلى مالِكِها وينبَغي على مُقتضَى ذلك أنَّه إذا ظَهَرَ مالِكُها يعودُ الضَّمانُ كما ذكرَ نَظيرَه في الوكيلِ يتعَدَّى ثم يبيعُ ثم يرُدُّ عليه المبيعَ بعَيْبٍ .

اللُّقَطَةُ) ؛ لأنَّ المالك لم يأتمنه سواءٌ أخَذَها لِلتَّمَلُّكِ أم للحِفظِ خِلافًا لِلزَّركشيِّ في الثاني (أو) غُصِبَتِ العينُ (من ضامِنٍ مَأذونٍ) له (كالمستعيرِ ، والمستامِ) ثم رُدَّتْ إليه (فوجهانِ) لِتعارُضِ الضَّمانِ ، والإذنِ ، وقد جَزَمَ في الأنوارِ بأنَّه يبْرأُ [1]، وكلامُ المطلَب يقتضي ترجيحَه حَيْثُ بَنَى ذلك على أنَّ الوكيلَ هل ينعَزِلُ بالتعدِّي فيما وكِّلَ فيه ، وفيه وجهانِ أصحُّهما المنعُ .

(فرعٌ : لا يُنقَلُ) المرهونُ (إلى عَدلٍ آخَرَ) أو فاسِقٍ (إلا إن اتَّفقا) أي العاقِدانِ على ذلك (وإنْ حدَثَ به) أي بالعدلِ (فِسقٌ ، ولو زيادةً) فيه (ونحوه) أي : الفِسقِ كضَعفِه عن الحِفظِ ، ومَوتِه ، وحُدوثِ عَداوةٍ بينه ، وبين أحدِهما [2] (وتنازَعا) فيمَن يكونُ عنده (نَقَله الحاكِمُ) عند مَن يراه قال ابنُ الرِّفعَةِ هذا إذا كان الرَّهْنُ مَشروطًا في بيع [3] ، وإلا فيظْهَرُ أن لا يُوضَعَ عند عَدلٍ إلا برِضا الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ له الامتِناعَ من أصلِ الإقباضِ ، وظاهرُ كلامِهم أنَّ العدلَ لا ينعَزِلُ عن الحِفظِ بالفِسقِ قال ابنُ الرِّفعَةِ : وهو صَحيحٌ إلا أنْ يكونَ الحاكِمُ هو الذي ، وضَعَه عنده ؛ لأنَّه نائِبُه فينعَزِلُ بالفِسقِ ، ولو وضَعاه عند فاسِقٍ ثم أرادَ أحدُهما نَقله منه لم يجُز ، وبه صرَّحَ القاضي [4] ؛ لأنَّه رَضي بيدِه مع الفِسقِ لكن ذَكرَ الشيخُ أبو حامِدٍ ، وغيرُه من العِراقيِّينَ ، ونَقَلوه عن ابنِ سُرَيجٍ أنَّ له رَفعَ الأمرِ إلى الحاكِمِ [5] ، فإنْ رَآه أهْلا أقرَّه بيدِه ، وإلا نَقَله إلى غيرِه [6] ، ولو اختلَفا في تغيُّرِ حالِ العدلِ قال الدَّارِميُّ صُدِّقَ النَّافي بلا يمينٍ قال الأذْرَعيُّ ، وينبَغي أن

---

(١) (قولُه : وقد جَزَمَ في الأنوارِ بأنَّه يبرأُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : وحُدوثُ عَداوةٍ بينه وبين أحدِهما) أي : وطَلَبُ نَقلِه .

(٣) (قولُه : قال ابنُ الرِّفعَةِ : هذا إذا كان الرَّهْنُ مَشروطًا في بَيعٍ) تُجْعَلُ صورةُ التنبيه في التنازُعِ فيمَنْ يضعانِه عندَه في الابتداءِ ، وصورةُ المسألَةِ إذا تشاحَّا بعدَ أن طَرأَ على نائِبِهما شيءٌ مِمَّا سَبَقَ كما أفادَه كلامُ المُصَنِّفِ كأصلِه قال السُّبكيُّ : والذي يظْهَرُ أنَّه ليس لِلحاكِمِ في المشاحَّةِ قبلَ القبضِ التسليمُ إلى عَدلٍ إلا برِضاهما سَواءٌ أكان مَشروطًا في بَيعٍ أم لا وكيف يُجْبَرُ والرَّهْنُ لَم يلزَم .

(٤) (قولُه : صَرَّحَ به القاضي) أي : والإمامُ .

(٥) (قولُه : إنَّ له رَفعَ الأمرِ إلى الحاكِمِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : وإلا نَقَله إلى غيرِه) وظاهِرُه أنَّ الحاكِمَ ينقُلُه إذا طَلَبَ أحدُهما وتبَيَّنَ له عَدَمُ أهليَّةِ مَن هو بيدِه سَواءٌ أكان عَدَمُ أهليَّته طارِئًا أو مُقارِنًا .

يحلِف [١] على نفي عِلمِه بذلك (وإنْ فسَقَ المرتهنُ ، وهو في يدِه فلِلرَّاهنِ طَلَبُ نَقلِه ، وكذا لو مات) عِبارَةُ الأصلِ : ولو كان في يدِ المرتهنِ فتغيَّرَ حالُه أو مات كان لِلرَّاهنِ نَقلُه ، وهي أولى .

(فرعٌ : القولُ قولُ العدلِ) بيمينِه (في دَعوى الهلاكِ والرَّدِّ) للمَرهونِ كالمودَعِ (فإنْ أتلَفه خطَأً أو أتلَفه غيرُه) ، ولو عَمدًا (أُخِذَتْ منه القيمَةُ ، وحَفِظَها بالإذنِ الأولِ) قالُوا : لأنَّ المستحفَظَ في الشيءِ مُستحفَظٌ في بَدَلِه (أو) أتلَفه (عَمدًا أُخِذَتْ منه القيمَةُ ، ووُضِعَتْ عند آخَرَ) لِتعَدِّيه بإتلافِ المرهونِ قال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ [٢] أنَّ أخذَ القيمَةِ في المتقَوَّمِ أمَّا المِثليُّ فيُطالَبُ بمِثلِه قال : وكأنَّ الصُّورَةَ فيما إذا أتلَفه عَمدًا عُدوانًا أمَّا لو أتلَفه مُكرَهًا أو دَفعًا لِصيالٍ [٣] فيكونُ كما لو أتلَفه خَطأً .

(فصلٌ) (المرتهنُ مُقَدَّمٌ) بثَمَنِ المرهونِ (في الرَّهْنِ على الغُرَماءِ) ، لأنَّ ذلك فائِدَةُ الرَّهْنِ (وعند الحُلُولِ) ، وامتِناعِ الرَّاهنِ من بيعِ المرهونِ (يُجْبَرُ بالطَّلَب) أي بطلَبِ المرتهنِ بيعَه (الرَّاهنُ [٤] على البيعِ أو الإيفاءِ) [٥] لِلدَّيْنِ بنفسِه أو وكيلِه دَفعًا لِضَرَرِ المرتهنِ (و) يُجْبَرُ (المرتهنُ) عند امتِناعِه من الإذنِ في بيعِه (على

---

(١) (قولُه : قال الأذرَعيُّ : وينبَغِي أنْ يحلِف إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : قال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : أو دَفعًا لِصيالٍ) أي : إنْ عَدَلَ عمَّا يندَفِعُ به إلى أعلى منه وإلا فلا ضَمانَ .

(٤) (قولُه : يُجْبَرُ بالطَّلَب الرَّاهنُ إلخ) ما الفرقُ بين هذه المسألَةِ وبين نَظِيرِها في التفليسِ حيثُ لا يُجْبِرُه هناكَ بل يتولَّى البيعَ بنفسِه قال بعضُ المُعَلِّقِينَ على الحاوِي : لا فرقَ بين المسألَتينِ ، وإنَّما ذكرَ الإجبارَ هنا وتولِّي البيعَ هناكَ ،وفرَّقَ جَمالُ الدِّينِ الرِّيميُّ بين البابَيْنِ فقال : الفرقُ بين الرَّاهنِ والمُفلِسِ أنَّ الرَّاهنَ هو الحاجِرُ على نفسِه بالرَّهْنِ ، وفي المُفلِسِ الحاجِرُ الحاكِمُ فيكونُ هو المُتولِّي لِذلك ، وصَرَّحَ صاحِبُ البهجةِ بأنَّ الحاكِمَ إنْ شاءَ أجبَرَه وإنْ شاءَ باعَ بنفسِه قال الناشِريُّ : قد يُفرَّقُ بين البابَيْنِ بأنَّ الحقَّ مُنحَصِرٌ في المُرتهنِ ، وقد طَلَبَ ومالُ المُفلِسِ غيرُ مُنحَصِرٍ فيمَنْ حَضَرَ من الغُرَماءِ لاحتمالِ غَريمٍ آخَرَ فاحتاجَ أنْ يتولَّى الحاكِمُ بنفسِه من أجلِ ذلك .

(٥) (قولُه : على البيعِ أو الإيفاءِ) لو كان الوفاءُ من غيرِه أسرَعَ وطَلَبَه المُرتهنُ وجَبَ ، لأنَّ تأخيرَ الحقِّ الواجِبِ على الفورِ لا يجوزُ فقد قال السُّبكيُّ : الوجه حَمْلُ كلامِ الأصحابِ على غيرِ هذا قال الأذرَعيُّ : وهو واضِحٌ مُتعَيِّنٌ ، وكَتَبَ أيضًا لو قال الرَّاهنُ : أُريدُ أداءَ حَقِّه من ثَمَنِ المرهونِ فليس لِلمُرتهنِ أنْ يلزَمَه من جِهَةٍ أُخرى وإنْ كان قادِرًا ، وإذا بيعَ وأرادَ ....=

(الإذنِ) لِلرَّاهنِ فيه (أو الإبراءِ) من الدّينِ بأنْ يقولَ له الحاكِمُ ائذَنْ في بيعِه ، وخُذْ حَقَّك من ثَمَنِه أو أبرئْه دَفعًا لِضَرَرِ / الرَّاهنِ (فإنْ أصرّ أحدُهما) على ١٦٧/٢
الامتِناعِ (أو أثبَت المرتهنُ) أي : أقامَ حُجَّةً (بالحالِ في غيبةِ الرَّاهنِ باعَه الحاكِمُ) ، ووفَّى الدّينَ من ثَمَنِه دَفعًا لِضَرَرِ الآخَرِ ، وظاهِرٌ أنّه لا يتعَيَّنُ بيعُه فقد يجِدُ له ما يُوفِّي الدّينَ من غيرِ ذلك ، وذكرَ مَسألَةَ إضرارِ المرتهنِ من زيادَتِه ، ولو باعَه الرَّاهنُ عند العجزِ عن استِئذانِ المرتهنِ والحاكِمِ ،فحَكى الماورديُّ فيه الخِلافَ في بيعِ المرتهنِ عند العجزِ عن الاستِئذانِ ، وقَضيَّتُه تضحيحُ الصِّحَّةِ [١] (فإنْ لم يجِدْ) أي المرتهنُ (بَيِّنَةً أو لم يكنْ) ثَمَّ (حاكِمٌ فالغيْبَةُ كالجُحودِ ، وقد ظَفِرَ بغيرِ جِنْسِ حَقِّه فله بيعُه) بنفسِه قال الزَّركشيُّ : وفي الاقتِصارِ على ذلك نَظَرٌ ؛ لأنّه إذا كان المأخَذُ الظَّفرَ فينبَغي طَردُه في حالَةِ القُدرَةِ على البَيِّنَةِ بل لو كان من نَوعِ حَقِّه ، وصِفتِه فينبَغي له أنْ يتمَلَّك منه بقدرِ حَقِّه ، وما ذَكرَه في حالَةِ القُدرَةِ على البَيِّنَةِ ممنُوعٌ .

(فرعٌ : لو باعَه المرتهنُ في غيبَةِ الرَّاهنِ بإذْنِه) ، ودَيْنُه حالٌّ [٢] ، ولم يُقَدِّر له الثَّمَنَ (لم يصِحَّ) ؛ لأنّه يبيعُه لِغَرَضِ نفسِه فيُتَّهَمُ في الاستِعجالِ وتركِ الاحتياطِ (أو بحُضورِه صَحَّ) لِعَدَمِ التُّهمَةِ [٣] (فإنَّ) الأولى ، وإنْ (قال) للمُرتهنِ : (بعه لي) أو لِنفسِك (ثُم استوفِ لي أو لِنفسِك) أولى ثُم لِنفسِك (فكما سَبَقَ في باب المبيعِ قبلَ القبضِ) فيصِحُّ ما لِلرَّاهنِ ، ويبطُلُ ما للمُرتهنِ ، ولو قال : بعه ،

= الرَّاهنُ أداءَه من غيرِ ثَمَنِه فله ذلك ، ولو أرادَ التصرُّف فيه قبلَ أدائِه لَم يكُن له ذلك ولو شَرَطَ المرتهنُ أنّه إذا حَلَّ الأجَلُ لَم يبعه أحدٌ سَواءٌ بَطَلَ الرَّهنُ ، وكذا لو شَرَطَ أحدُهما على الآخَرِ أنّه لا يبيعُه إلا العدلُ أو الحاكِمُ .

(١) (قولُه : وقَضيَّتُه تصحيحُ الصِّحَّة) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال الزَّركَشيُّ : والظَّاهرُ أنَّ مُرادَه حيثُ يجوزُ بَيْعُه بأنْ تدعو إليه ضَرورَةٌ كالعجزِ عن مُؤْنَته أو حِفظِه أو الحاجةِ إلى ما زادَ على دَيْنِ المُرتهنِ من ثَمَنِه .

(٢) (قولُه : ودَيْنُه حالٌّ) مِثلُه المُؤَجَّلُ إذا قال له بعه واستوفِ دَيْنَك من ثَمَنِه .

(٣) (قولُه : لِعَدَمِ التُّهمَة) كما لو قَدَّرَ له الثمَنَ سَواءٌ أنَهاه عن الزِّيادَةِ أم لا وكما لو كان المُشتري مُعَيَّنًا قال شيخُنا : نَعَم لو قَدَّرَ له الثمَنَ ولَم ينْهَه عن الزِّيادَةِ ووجَدَ راغِبًا وجَبَ عليه البيعُ منه ما لَم يُعَيِّنْ له المُشتري وهو مَحْمَلُ كلامِ الوالِدِ تبَعًا لابنِ قاضي شُهبةَ في أنّه إنْ عَيَّنَ المُشتري فلا تُهمَةَ . كا .

وأطلَقَ صَحَّ البيعُ كما لو قال لأجنَبيٍّ بعه (إلا أنَّه يُشترَطُ) هنا (حُضورُ الرَّاهنِ) البيعَ كما مَرَّ (فإنْ قَبَضَ الثمَنَ للرَّاهنِ) فيما ذُكِرَ (ثُم نَوى إمساكه لِنفسِه لم يضمَنْ) بل هو أمانةٌ في يدِه (أو قَبَضَه لِنفسِه صارَ مَضمُونًا) عليه ؛ لأنَّه قبضٌ فاسِدٌ فله في الضَّمانِ حُكمُ الصَّحيحِ (وأذِنَ الوارِثُ والسَّيِّدُ للغُرَماءِ والمجنيِّ عليه في بيعِ التركةِ ، والعبدِ) الجاني أي ، وأذِنَ الوارِثُ لِغُرَماءِ الميِّتِ في بيعِ التركةِ ، والسَّيِّدُ للمَجنيِّ عليه في بيعِ الجاني (١) (كإذنِ الرَّاهنِ للمُرتهنِ) في بيعِ المرهونِ .

(فرعٌ : وإنْ شرَطَ أنْ يبيعَ العدلُ) المرهونَ (عند المحلِّ احتاجَ تجديدَ) أي إلى تجديدِ (إذنِ المرتهنِ) ؛ لأنَّه رُبَّما كان غرَضُه الإبراءَ أو المهلَةَ (لا) تجديدَ إذنِ (الرَّاهنِ) ؛ لأنَّ الأصلَ بقاؤُه هذا ما قاله العِراقيُّون (٢) ، وقال الإمامُ : لا يُشترَطُ إذنُ المرتهنِ قَطعًا ؛ لأنَّ غرَضَه توفيةُ الحقِّ بخِلافِ الرَّاهنِ أي : على وجهٍ ضَعيفٍ كما صرَّحَ هو به فقد يستبقي المرهونَ لِنفسِه فطَريقتُه أنَّه لا يُشترَطُ تجديدُ إذنِهما ، وبها جَزَمَ الماورديُّ ، وصاحِبُ الأنوارِ ، وذكرَ السُّبكيُّ أنَّ الإمامَ فرَضَ الكلامَ فيما إذا كانا أذنا له فلا يحتاجُ إلى إذنٍ ، والعِراقيُّون فرَضوه (٣) فيما إذا أذِنَ له الرَّاهنُ فقط فيُشترَطُ إذنُ المرتهنِ ؛ لأنَّه لم يأذَنْ قبلُ فهما مَسألَتانِ والرَّافعيُّ قال بعدَ نَقلِه الطَّريقَيْنِ : فتأمَّلْ بُعدَ إحداهما عن الأُخرَى قال السُّبكيُّ : وأظُنُّ الحامِلَ له على ذلك أنَّه رَأى كلامَ العِراقيِّينَ مُصوَّرًا في الاشتِراطِ ، والشرطُ إنَّما يكونُ منهما ، وهو مُتضَمِّنٌ للإذنِ ، والجوابُ : إنَّ إذن المرتهنِ في البيعِ لا يصِحُّ قبلَ القبضِ (٤)

---

(١) (قولُه : والسَّيِّدُ لِلمَجنيِّ عليه في بَيعِ الجاني) وأذنَ الحاكِمُ لِغُرَماءِ المُفلِسِ في بَيعِ مالِه في حُقوقِهم وأذنَ المالِكُ لِلقَصَّارِ أو الصَّبَّاغِ في بَيعِ الثوبِ وضابطُه كُلُّ مَنْ تعَلَّقَ حَقُّه بالعينِ إذا أذنَ له مالِكُها في بَيعِها هل يصِحُّ .

(٢) (قولُه : هذا ما قاله العِراقِيُّونَ) وجَزَمَ به في الأنوارِ .

(٣) (قولُه : والعِراقِيُّونَ فرَضوه إلخ) ما ذكرَه من كونِ العِراقِيِّينَ فرَضوا ذلك فيما إذا أذنَ الرَّاهنُ فقَطْ خلافُ التصويرِ ، فإنَّ صورَةَ المسألَةِ فيما إذا وضعاه وشَرَطا أنْ يبيعَه العدلُ عندَ الحُلولِ ، وذلك إذنٌ منهما لِلعَدلِ وتوكيلٌ وزيادَةٌ ، ثم إنَّه لا يُطابِقُ التعليلَ المذكورَ عن العِراقِيِّينَ ، فإنَّهم علَّلوا وُجوبَ المُراجَعَةِ باحتمالِ الإبراءِ أو الإمهالِ وهذه العِلَّةُ مُطَّرِدَةٌ مع وُجودِ الإذنِ فوجَبَت المُراجَعَةُ ثانيًا وإنْ تقَدَّمَ الإذنُ احتياطًا .

(٤) (قولُه : لا يصِحُّ قبلَ القبضِ) لأنَّه جائزٌ لا يستحِقُّ المُرتهنُ أنْ يمنَعَ الرَّاهنُ من شيءٍ من التصَرُّفاتِ فكيف يأذَنُ فيه فلِذلك لا يكونُ اشتراطُه أو موافقتُه على الشرطِ الواقِعِ في عَقدِ الرَّهنِ إذنًا . م .

بخِلافِ الرَّاهنِ [١] .

(فرعٌ : ينعَزِلُ العدلُ) عن الوكالَةِ في البيعِ (بمَوتِ الرَّاهنِ وعَزلِه) له (لا إنْ عَزَلَه المرتهنُ) أو مات فلا ينعَزِلُ ، لأنَّه وكيلُ الرَّاهنِ فإنَّه المالِكُ ، وإذْنُ المرتهنِ شرطٌ في جـوازِ التصرُّفِ (بل) الأولى لكـنْ (يبطُـلُ إذنُـه) بعَزلِه وبمَوتِه (فإنْ جَدَّدَه) له (لـم يُشترَطْ تجْديدُ توكيلِ الـرَّاهنِ) لـه ، لأنَّه لم ينعَزِلْ (فإنْ جَدَّدَ الرَّاهنُ إذنًا له) بعدَ عَزلِه له (اشتُرِطَ تجْديدُ إذْنِ المرتهنِ) لانعِزالِ العدلِ بعَزلِ الـرَّاهنِ قال في الأصلِ ، ويلزَمُ عليه أنْ يُقال : لا يُعتدُّ بإذْنِ المرتهنِ قبلَ توكيلِ الرَّاهنِ ، ولا بإذْنِ المرأةِ للوكيـلِ [٢] قبلَ توكيلِ الوليِّ إيَّاه ، والكُلُّ مُحتمَلٌ انتهى ، ويُؤَيِّدُ اللُّزومَ في الأُولى انعِزالُ العدلِ من جِهَةِ المرتهنِ بعَزلِ الرَّاهنِ ، وأمَّا ما اقتضاه اللُّزومُ في الثانيةِ من اشتِراطِ إذْنِ المرأةِ لِوكيلِ وليِّها فغيرُ صَحيحٍ بل يكْفي مُجَرَّدُ إذْنِها لِوليِّها في النِّكاحِ ، ولا يُشترَطُ إذْنُها لِوليِّها في التوكيلِ ، وما ذَكرَه في المهمَّاتِ هنا عن المطْلَب مَردودٌ عند التأمُّلِ الصَّادِقِ ، وقد قال ابنُ العِمادِ : إنَّه قَليلُ الجدْوى .

(فرعٌ : الثَّمَنُ) الذي باعَ به العدلُ المرهونَ (في يدِ العدلِ من ضَمانِ الرَّاهنِ) ، لأنَّه مِلكُه ، والعدلُ أمينُه فما تلِف في يدِه يكونُ من ضَمانِ المالِكِ (فإنْ تلِفَ في يدِه قبلَ تسليمِه للمُرتهنِ ، وخرج المبيعُ مُستحَقًّا / كان العدلُ طَريقًا في الضَّمانِ) للمُشتري لكنَّ القَرارَ على الرَّاهنِ [٣] ، وقولُه : من زيادَتِه قبلَ تسليمِه ١٦٨/٢

---

(١) (قولُه : بخلافِ الرَّاهنِ) فإنَّه يملِكُ التوكيلَ في البيعِ بحُكمِ المِلكِ فيصِحُّ إذنُه مع عقدِ الرَّهنِ وبعدَه . م .

(٢) (قولُه : ولا بإذْنِ المرأةِ لِلوكيلِ إلخ) أي : إذا اعتبَرنا إذنَها في التوكيلِ بعدَ إذنِها لِلوليِّ في التزويجِ على وجهٍ ضعيفٍ ، وكَتبَ أيضًا اعترُض بأنَّ صَوابَه ولا بتوكيلِ الوليِّ قبلَ إذنِ المرأةِ له في النِّكاحِ .

(٣) (قولُه : لكنَّ القرارَ على الرَّاهنِ) لأنَّ المبيعَ له فكانت العُهْدَةُ عليه وكونُ العقدِ فاسِدًا لا ينفي التضمينَ فإنَّ فاسِدَ العقدِ كَصحيحِه في الضَّمانِ ، وكَتبَ أيضًا قال السُّبكيُّ : وهو مُشكِلٌ؛ لأنَّه لَم يضع يدَه على الثمَنِ ولا دَخَلَ في مِلكِه فكيف يضمَنُه ، وإنَّما وُجِدَ منه تعزيرٌ وهو لا يصْلُحُ مُضَمِّنًا على المذهَب ، وأيُّ فرقٍ بينه وبين مَنْ أمَرَ غيرَه بالغصب حيثُ لا يضمَنُ بلا خلافٍ وقد ظَهَرَ لي فيه مَعنَيانِ :

أحدُهما : أنَّ المُشتري بحُكمِ العقدِ يجِبُ عليه دَفعُ الثمَنِ لِمُستحِقِّه أو نائِبِه من وكيلٍ أو حاكِمٍ وهو مُلجَأٌ إلى ذلك شرعًا إذا كان العقدُ صحيحًا أو مَحكومًا بصِحَّته حيثُ لا يعلَمُ ....=

للمُرتهنِ [١] لا حاجَةَ إليه بل يُوهِمُ خِلاف المرادِ ، وقَضيَّةُ كلامِه كأصلِه أنَّه لا فرقَ بين تلَفِه بتفريطٍ ، وغيرِه ، لكنَّ الدَّارميَّ والإمامَ فرَضا ذلك في تلَفِه بلا تفريطٍ ، وقَضيَّتُه أنَّه إذا تلِف بتفريطٍ يضمَنُ العدلُ وحدَه [٢] قال السُّبْكيُّ : وهو الأقربُ ؛ لأنَّ سَبَبَ تضمينِ الموكِّلِ أنَّه أقامَ الوكيلَ مُقامَه ، وجَعل يدَه كيدِه فإذا فرَّطَ الوكيلُ فقد استقَلَّ بالعُدْوانِ ، فليستقِلَّ بالضَّمانِ قال الإسْنَوِيُّ : والمرتهنُ إذا صحَّحنا بيعَه كالعدلِ فيما ذُكِرَ [٣] **(إلا إنْ نَصَّبَه الحاكِمُ)** للبيعِ لِموتِ الرَّاهنِ أو غيبَتِه أو نَحوِهما فلا يكونُ طَريقًا في الضَّمانِ حَيثُ لا تقصيرَ ؛ لأنَّه نائِبُ الحاكِمِ ، والحاكِمُ لا يضمَنُ ، وتعبيرُه بما قاله أعَمُّ من تقييدِ الرَّوضَةِ ذلك بموتِ الرَّاهنِ .

(وإن ادَّعَى العدلُ تلَف الثَّمَنِ في يدِه صُدِّقَ بيمينِه) ؛ لأنَّه أمينٌ نَعَم إنْ ذَكَرَ سَبَبًا ظاهِرًا ففيه التفصيلُ الآتي في الوديعَةِ **(وإنْ سَلَّمَ الثَّمَنَ للمُرتهنِ)** بدَعواه **(ولم يشهَدْ)** عليه **(وأنكرَه)** المرتهنُ صُدِّقَ بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ التسليمِ **(و)** إذا **(غَرِمَ الرَّاهنُ)** للمُرتهنِ **(رجع عليه)** أي على العدْلِ **(ولو صَدَّقَه في التسْليمِ)** أو كان قد أذِنَ له فيه لِتقصيرِه بتركِ الإشهادِ سواءٌ أكان أمَرَه بالإشهادِ أم لا [٤] ، وإذا رجع على العدلِ لا يرجِعُ العدلُ على الرَّاهنِ ؛ لأنَّه يقولُ : ظَلَمَني المرتهنُ فلا يرجِعُ على غيرِ مَنْ ظَلَمَه **(فإنْ قال : أشهَدتُ ، وغابوا)** أي : الشُّهودُ **(أو ماتوا**

= فسادَه ، والإلجاءُ لَحِقَ مَنْ له البيعُ ظاهرًا فهو في الحقيقَةِ المُلجِئُ بتسببه في العقدِ إلى دَفعِ المُشتري لِلثَّمَنِ ، فإذا تبَيَّنَ أنَّ الثمَنَ لَم يكُنْ لازِمًا وجَبَ على المُلجِئِ ضَمانُه .

الثاني : أنَّ قاعِدَةَ البيعِ دُخولُ كُلٍّ من العِوضَيْنِ في ضَمانِ صاحِبه بقبضِه فإذا قبَضَ المُشتري المبيعَ دَخَلَ في ضَمانِه ووِزانُه أنْ يدخُلَ الثمَنُ في ضَمانِ مَنْ حُكِمَ له بِملكِه سَواءٌ أقبَضَه بنفسِه أم بوكيلِه أم بالحاكِمِ ولِهذا لو تلِف في يدِ وكيلِه أو الحاكِمِ لَم ينفسِخ العقدُ .

(١) (قولُه : وقولُه : من زيادَته قبلَ تسليمِه لِلمُرتهنِ) لا حاجةَ إليه نَبَّهَ به على أنَّ مَحَلَّ نفيِ الضَّمانِ عن المُرتهنِ إذا لَم يتسَلَّم الثمَنَ فإنْ تسَلَّمَه ثم أعادَه لِلعَدلِ صارَ كُلٌّ منهما طَرِيقًا في الضَّمانِ .

(٢) (قولُه : وقَضيَّتُه أنَّه إذا تلِف بتفريطٍ يضمَنُ العدلُ وحْدَه) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ عليه أيضًا قال في الخادِمِ : وكلامُ الماورديِّ يقتضيه قال الأذْرَعِيُّ : وتعليلُهم يُرشِدُ إليه وهو الوجه وقولُه : وكلامُ الماورديِّ يقتضيه حيثُ قال : ولا ضَمانَ على العدلِ ما لَم يتعَدَّ أو يُفرِّطْ .

(٣) (قولُه : قال الإسنَويُّ : والمُرتهنُ إذا صحَّحنا بَيْعَه كالعدلِ فيما ذُكِرَ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : سَواءٌ أكان أمَرَه بالإشهادِ أم لا) لو شَرَطَ عليه عَدَمَ الإشهادِ لَم يضمَنْ قَطْعًا صَرَّحَ به الدَّارِميُّ .

وصَدَّقَه) الرَّاهنُ (لم يرجع) عليه لاعترافِه له (وإلا) بأن كذَّبه (فوجهان) كنَظائِرِهما في الضَّمانِ ، والأصَحُّ الرُّجوعُ ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الإشهادِ ، ومَسألَةُ الغيْبَةِ من زيادَتِه .

(فرعٌ) لو (باعَ العدْلُ مُؤَجَّلا أو بغيرِ نَقدِ البَلَدِ أو بغَبْنٍ لا يُعتادُ [(١)] لم يصِحَّ) كسائرِ الوُكَلاءِ بخِلافِ بيعِه بغَبْنٍ يُعتادُ [(٢)] (وضَمِنَ بالإقباضِ) [(٣)] أي بإقباضِ المرهونِ للمُشتري لِتعَدِّيه (فإن استرَدَّه) لكونِه باقيًا (فله بيعُه بالإذنِ الأولِ) ، وإنْ صارَ مَضمُونًا عليه (و) إذا باعَه (يصيرُ ثَمَنُه) في يدِه (أمانَةً) ؛ لأنَّه لم يتعَدَّ فيه (وإنْ تلِف) المرهونُ ، وهو (مع المشتري) المذكُورِ (فقَرارُ الضَّمانِ عليه) [(٤)] لِحُصولِ التلَفِ عنده (والعدلُ طَرِيقٌ) في الضَّمانِ فعُلِمَ أنَّه لا يبيعُ إلا بثَمَنِ المِثْلِ من نَقدِ البَلَدِ حالاً [(٥)] قال الإسنَوِيُّ : والمتَّجِه إلحاقُ الرَّاهنِ ، والمرتهنِ به ورَدَّه الزَّركشيُّ [(٦)] بأنَّ الحقَّ لا يعدوهما فيجوزُ بغيرِ ذلك بخِلافِ العدلِ قال : وبتقديرِ تسليمِه لا بُدَّ من تقيِيدِه بما إذا نَقَصَ عن الدَّيْنِ فإنْ لم ينْقُصْ عنه كما لو كان الرَّهْنُ يُساوِي مِائَةً ، والدَّيْنُ عَشرَةً فباعَه المالِكُ أو المرتهنُ بإذْنِه بالعشرَةِ جازَ قَطْعًا انتهَى ، ويُرَدُّ أولُ كلامِه بأنَّ الكلامَ في كُلٍّ منهما مُنفرِدٌ .

(فرعٌ : وإنْ أبَى أحدُهما) أيِ المتراهنَيْنِ (البيعَ إلا بالدّراهِمِ ، والآخَرُ إلا بالدّنانيرِ) كأنْ قال أحدُهما للعَدْلِ : بِعْهُ بالدّراهِمِ ، وقال الآخَرُ له : بالدّنانيرِ لم يبع بواحِدٍ منهما لاختِلافِهما في الإذنِ قال الزَّركشيُّ : كذا أطْلَقَه الشافعيُّ ، ومَحَلُّه

---

(١) (قولُه : أو بغَبنٍ لا يُعتادُ) أو بثَمَنِ المِثْلِ وهناكَ مَن يبذُلُ زيادَةً .

(٢) (قولُه : بخلافِ بَيْعِه بغَبنٍ يُعتادُ) حيثُ لا راغِبَ بأزْيَدَ منه .

(٣) (قولُه : وضَمِنَ بالإقباضِ) كما يضمَنُ لو سَلَّمَ البيعَ قبلَ قبضِ الثمَنِ .

(٤) (قولُه : فقَرارُ الضَّمانِ عليه) بالقِيمَةِ في المُتقَوَّمِ والمِثْلِ في المِثْليِّ والمرادُ بالقِيمَةِ أقصَى القِيمِ ، لأنَّ البيعَ الفاسِدَ يلتحِقُ بالغصب على الأصَحِّ .

(٥) (قولُه : فعُلِمَ أنَّه لا يبيعُ إلا بثَمَنِ المِثْلِ من نَقدِ البلَدِ حالاً) زادَ الماورديُّ كونَ المبيعِ ناجزًا فلا يُشترَطُ فيه خيارُ الثلاثِ على الأصَحِّ ، وهذا عندَ إطْلاقِ الإذنِ فلو عَيَّنَا جِنْسَ الثمَنِ أو بَيْعَه بالعُروضِ لَم يتعَدَّه فإنْ خالَف ضَمِنَ وإن أذنا له في بَيْعِه بما رَأى من الأثمانِ فله بَيْعُه بالنقدِ سَواءٌ أباعَه بنَقدِ البلَدِ أم بغيرِه قاله الماورديُّ قال : وليس له بَيْعُه بالحبِّ ، لأنَّ مُطْلَقَ الأثمانِ يتناولُ الذَّهَبَ والفِضَّةَ دونَ غيرِهما .

(٦) (قولُه : ورَدَّه الزَّركَشيُّ) تبَعًا لابنِ النقِيب .

إذا كان للمُرتهنِ فيه غَرَضٌ (١) ، وإلا كأنْ كان حَقُّه دراهمَ ، ونَقدُ البَلَدِ دراهمُ فقال الرَّاهنُ : بع بالدّراهمِ ، وقال المرتهنُ : بع بالدّنانيرِ فلا يُراعَى خِلافُه ، ويُباعُ بالدّراهمِ قَطَعَ به الماورديُّ والقاضي أبو الطِّيب ، وغيرُهما ، وإذا لم يبع بواحِدٍ منهما (باعَ الحاكمُ بنَقدِ البَلَدِ ، وأخَذَ به حَقَّه) / أي : حَقَّ المرتهنِ إنْ لم يكنْ من نَقدِ البَلَدِ ١٦٩/٢
(أو) باعَ (بجِنْسِ الدّيْنِ) (٢) ، وإنْ لم يكنْ من نَقدِ البَلَدِ (إنْ رَأى) ذلك .

(فرعٌ) لو (باعَ العدلُ) ، ولو بأكثَرَ من ثَمَنِ المِثلِ (فزادَ راغِبٌ) يُوثَقُ به زيادَةً لا يتغابَنُ بمِثلِها (بعدَ اللُّزومِ) للبيعِ (استُحِبَّ أنْ يستقيلَ) المشتري ليبيعَه بالزِّيادَةِ لِلرَّاغِب أو للمُشتري إنْ شاءَ (أو) زادَ الرَّاغِبُ (في مُدَّةِ الخيارِ فلْيفْسَخْ) (٣) أي : العدلُ البيعَ ، ولْيَبِعْه له أو للمُشتري إنْ شاءَ (فلو لم يفْسَخ انفسَخَ) (٤) ، لأنَّ زَمَنَ الخيارِ كحالَةِ العقدِ ، وليس له أنْ يبيعَ بثَمَنِ المِثلِ ، وهناك مَنْ يزيدُ (فإنْ بَدا لِلرَّاغِب) بأنْ رجع عن الزِّيادَةِ فإنْ كان (قبلَ التمكُّنِ من بيعِه فالبيعُ الأولُ بحالِه ، وإلا بَطَلَ ، واستُؤنِف) من غيرِ افتِقارٍ إلى إذْنٍ جَديدٍ (٥) إنْ كان الخيارُ لهما أو للبائعِ لِعَدَمِ انتِقالِ المِلْكِ (ولو باعَه على) بمعنى من (الرَّاغِب من غيرِ فسخ كان فسخًا) للبيعِ الأولِ (وصَحَّ البيعُ) الثاني ، وهذا أولى وأحوطُ ، لأنَّه قد يفسَخُ فيرجِعُ الرَّاغِبُ .

---

(١) (قولُه : ومَحَلُّه إذا كان لِلمُرتهنِ فيه غَرَضٌ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه أو بجِنْسِ الدَّيْنِ إنْ رَأى ذلك) وهو ظاهرٌ إذا كان الرَّهْنُ بقدرِ الحقِّ ع قو .

(٣) (قولُه : أو في مُدَّةِ الخيارِ فليفسَخ) لو ارتفعَت الأسواقُ في زَمَنِ الخيارِ فينْبَغي أنْ يجِبَ عليه الفسخُ كما لو طَلَبَ بزيادَةٍ بل أولى ، ولَم يذكُروه ولا فرْقَ في هذا بين عَدلِ الرَّهْنِ وغيرِه من الوُكلاءِ والأوصياءِ ونحوِهم مِمَّنْ يتصَرَّفُ لِغيرِه ر ، وقولُه : فينْبَغي أنْ يجِبَ عليه الفسخُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : فلو لَم يفسَخ انفسَخَ) لو لَم يعلَم العدلُ بالزِّيادَةِ حتى لَزِمَ البيعُ وهي مُستقِرَّةٌ قال السُّبكيُّ : الأقرَبُ عندي تبَيُّنَ الفسخُ لكنِّي لَم أرَ مَنْ صَرَّحَ به وقولُه : الأقرَبُ عندي إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قولُه : واستُؤنِف من غيرِ افتقارٍ إلى إذْنٍ جَديدٍ إلخ) فلا يُشكِلُ بامتناعِ بَيْعِ الوكيلِ ما رُدَّ عليه بعَيْبٍ أو بفسخِ مُشتريه بخيارٍ مُختصٍّ به لِزَوالِ مِلكِ موكِّلِه عن المبيعِ فيها .

(فصلٌ : مُؤْنَةُ الرَّهْنِ) أي : مُؤْنَةُ المرهونِ التي بها بَقاؤه (على مالِكِه) (١) كأجْرَةِ رَدِّ الرَّقيقِ الهارِب ، وأُجْرَةِ سَقيِ الشجَرِ ، ونَفقَةِ الـرَّقيقِ وكِسْوتِه ، وغيرِها (حتّى أُجْرَةِ الحِرزِ إنْ لـم يتبرَّع به مَنْ هو في يدِه) ، ويُجْبَرُ عليها لِحَقِّ المرتهِنِ استِبْقـاءً لِلـرَّهْنِ ، ولِخبَرِ «الـرَّهْنُ من راهِنِـه لـه غُنْمُـه ، وعليـه غُرمُـه» رواه الدّارَقُطْنيُّ ، وحَسَّنَه ، والحاكِمُ ، وصحّحه (٢) (فإنْ غابَ) المالِكُ (أو أعسَرَ) عن المؤَنِ ، ولو نادِرَةً (فـ «كَهَرَبِ الجمّالِ») عن جِمالِه المستأجَرَةِ أو عَجْزِه عن مُؤْنَتِها فيُمَوِّنُ الحاكِمُ المرهونَ من مالِ مالِكِه في الأُولى فإنْ لم يكنْ له مالٌ فمُعسِرٌ كما في الثّانيةِ فيقترِضُ عليه أو يبيعُ من المرهونِ بقدرِ المؤنَةِ فقولُه (ويُباعُ منه جُزْءٌ لأُجْرَةِ الحِرزِ) لا حاجَةَ إليه (٣) بل مُضِرٌّ ؛ لأنَّه يقتضي أنَّه قاصِرٌ على أُجْرَةِ الحِرزِ ، وأنَّه يُباعُ منه ما ذُكِرَ مُطْلَقًا ، وليس كذلك كما عُرِف ، وقد أشارَ الأصلُ إلى استِشكالِه بقولِه : كذا قاله الأصحابُ ، وذكرَ الإسنَوِيُّ أنَّ المرادَ بالغائِب (٤) مالُ الرَّاهِنِ لا الرَّاهِنُ ، ولا يخفى ما فيه من أنَّه حينَئِذٍ يكونُ مع ما بعدَه مُكرَّرًا ،وأنَّه يُـؤَدّي إلى أنَّه إذا غابَ مالُـه دونه يُباعُ الجُزْءُ ، ويقتَرِضُ بغيرِ مُراجَعَةِ الرَّاهِنِ ، وهو ممنوعٌ .

(ومَتى أنفَقَ المرتهِنُ) فيما ذُكِرَ على مَرهونٍ لا كسبَ له يكْفيه (بإذنِ الحاكِمِ ليكونَ رَهْنًا بالدَّيْنِ ، والنَّفقَةِ جازَ) كفِداءِ مَرهونٍ جَنَى (٥) على أنْ يكونَ رَهْنًا

---

(١)(قولُه : على مالِكِه) أفادَ أنَّ مُؤْنَةَ المرهونِ المُستعارِ والمرهونِ المحْجورِ عليه على مالِكِهما لا على راهِنِهما .

(٢) رواه الدارقطني في سننه (٣٢/٣) والحاكم في المستدرك (٥٨/٢) حديث (٢٣١٥) .

(٣) (قولُه : فقولُه : ويُباعُ منه جُزْءٌ لأُجْرَةِ الحِرزِ لا حاجةَ إليه) صَرَّحَ به لِيُستفادَ منه البيعُ لِبَقِيَّةِ المُؤَنِ عندَ الاحتياجِ إليه بطَريقِ الأولى ، وفائِدَةُ تكْرارِه كما قاله الإمامُ لِئَلاَّ يظُنَّ أنَّ الحِفظَ حَقُّ المُرتهِنِ فيختصُّ بالتزامِ ما يتعلَّقُ بذلك قال وليس الأمرُ كذلك بالإجْماعِ .

(٤) (قولُه : وذكرَ الإسنَوِيُّ أنَّ المُرادَ بالغائِب إلخ) لأنَّه يقتضي أنَّه إذا لَم يكُنْ حاضِرًا وكان له مالٌ أنَّ الحاكِمَ لا يقومُ بالمؤَنِ من مالِه بل من المرهونِ وهو خلافُ القواعِدِ . ا هـ . وعِبارَةُ الشرحِ الصَّغيرِ : فإنْ لَم يكُنْ لِلرَّاهِنِ شيءٌ أو كان غائِبًا أي ولَم يجِد له مالا حاضِرًا .

(٥) (قولُه : كَفِداءِ مَرهونٍ جَنَى إلخ) لأنَّ الأرشَ مُتعَلِّقٌ بالرَّقبةِ مع بَقاءِ الرَّهْنِ فإذا رَهَنَها به فقد عَلَّقَ بالرَّقبةِ ما كان مُتعَلِّقًا بها ، ولأنَّ لِلمَجْنيِّ عليه إبطالَ الرَّهْنِ بالاستيفاءِ من الرَّقبةِ فصارَ بذلك كالرَّهْنِ الجائِزِ ، ويجوزُ أنْ يلحَقَ بالجائِزِ ما لا يلحَقُ باللاَّزِمِ ؛ ولأنَّ ذلك من مَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وحِفظِه .

بالدَّيْنِ ، والفِداءِ (**فإنْ فقد الحاكِمُ**) بأنْ تعَذَّرَ استِئْذانُه (**وأشهَدَ**) بالإنفاقِ ليرجِعَ (**كفى**) فيرجِعُ بما أنفقَه ، وإنْ لم يشهَدْ فلا رُجوعَ .

وبما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّ عليه إعادَةَ ما تهَدَّمَ من دارٍ مَرهونَةٍ ، وفرَّقَ بينه ، وبين عَدَمِ وُجوب ذلك في الدّارِ المؤَجَّرَةِ بأنَّ الإنفاقَ هنا لِحِفظِ ما تلِف ، وهو مَوجودٌ دَمِلٌ [١] ، وهناك لإبدالِ مَعدومٍ [٢] ، وحِفظِ الموجودِ أقرَبُ إلى مُقتضَى العقدِ من إبدالِ مَعدومٍ ؛ لأنَّه في حِفظِ الموجودِ لم يُجَدِّدْ للمُستحِقِّ حَقًّا في غيرِ ما استحَقَّه لِوُرودِ العقدِ عليه بخِلافِه في الإبدالِ .

(**ولِلرَّاهِنِ لا عليه الفصْدُ [٣] والحِجامَةُ والعِلاجُ**) بالأدْوِيةِ والمراهِمِ مع غَلَبَةِ السَّلامَةِ أخذًا مِمَّا يأتي ، لأنَّه يحفظُ بذلك مِلْكه [٤] / (**و**) له (**الخِتانُ**) لِلرَّقيقِ ١٧٠/٢ (**إنْ لم يخَفْ**) منه (**واندَمَلَ**) أي : وكان يندَمِلُ (**قبلَ الحُلولِ**) ، لأنَّه لا بُدَّ منه، والغالِبُ فيه السَّلامَةُ بخِلافِ ما إذا خيف منه أو لم يندَمِلْ قبلَ الحُلولِ ، وكان فيه نَقصٌ كما ذَكرَه الأصلُ ، وسواءٌ في جوازِ الخِتانِ الصَّغيرُ والكبيرُ كما أطلَقَه الجُمهورُ ، وصرّحَ به كثيرونَ منهم المتولِّي وسُلَيْمٌ والشيخُ نَصْرٌ ، وأمَّا عَدُّهم عَدَمَ

---

(١) (قولُه : لِحِفظِ ما ثبَت وهو موجودٌ) مَعناه أنَّه لِحِفظِ ما تلِف من البناءِ بانهدامِه ، وهو أي : المنْهَدِمُ بمَعنَى آلاته موجودٌ لَم يتلَف .

(٢) (قولُه : وهناكَ لإبدالِ مَعدومٍ) يعني: المنفعَةَ إذ لا وُجودَ لها حَقِيقَةً وهي المملوكَةُ لِلمُستأجِرِ .

(٣) (قولُه : ولِلرَّاهِنِ لا عليه الفَصْدُ إلخ) قال في المطْلَب : في كِتاب النفقات ألحَقوا الرَّقِيقَ بالقريب في إيجاب الكِفايةِ ، ومُقتضاه أنَّه يجِبُ على السَّيِّدِ ثَمَنُ الدَّواءِ وأُجرَةُ الطَّبيب وهو أولى من القريب ، لأنَّه لا سَبيلَ له إلى تحصيلِه بخلافِه قال : وقولُهم : في الرَّهْنِ إنَّه لا يُجْبَرُ عليها مَحمولٌ على أنَّه لا يجِبُ من خالِصِ مالِه بل في عَيْنِ المرهونِ ببَيْعِ جُزْءٍ منه لأجَلِها ، ويدُلُّ عليه أنَّ المتولِّي أجرَى الوجهَيْنِ في نَفقَةِ المرهونِ في أنَّها من عَيْنِه أو من مالِه في المُداواةِ. ا هـ .

قال الأذْرَعِيُّ : ولَم يرتضِ الرَّافِعِيُّ الإلحاقَ : وكأنَّه ، لأنَّ المُداواةَ غيرُ موثوقٍ بها بخلافِ النفقَةِ وما جازَ لِلرَّاهِنِ فِعلُه إذا امتنَعَ منه يجوزُ لِلمُرتهِنِ قاله القاضي الحُسَيْنُ والمتولِّي وسُلَيْمٌ الرَّازيّ ، وقال الماورديُّ : لا يجوزُ قال الأذْرَعِيُّ : إنْ كان فيه خَطَرٌ ما ، فالوجه أنَّه لا يجوزُ لِلمُرتهِنِ إلا بإذْنِ الحاكِمِ وإلا فله ذلك كما لو أطعَمه وسَقاه .

(٤) (قولُه : لأنَّه يحفظُ بذلك مِلكَه) ولأنَّ فيه مَصْلَحةً وقلَّما يتولَّدُ منه ضَرَرٌ ، فلو لَم تكُن حاجةٌ مُنِعَ من الفصْدِ دونَ الحِجامَةِ قال الماورديُّ والرُّويانيُّ لِحَديثٍ مَروِيٍّ : قَطْعُ العُروقِ مَسقَمَةٌ والحِجامَةُ خَيْرٌ منه .

الخِتانِ عَيبًا في الكبيرِ فأُجيبَ عنه بحَملِه على كبيرٍ يُخافُ عليه من الخِتانِ ، وبأنَّ التعييبَ بذلك مُستحَقٌّ كما لو رَهَنَ رَقيقًا سارِقًا فإنَّه يُقطَعُ في يدِ المرتهِنِ ، وإنْ كان عَيبًا (ولو غَلَبَتِ السَّلامَةُ في قَطعِ السِّلعَةِ ، و) في (المداواةِ) (١) على خَطَرِهما (جازَ) ذلك ؛ لأنَّه إصلاحٌ بلا ضَرَرٍ (وإلا) بأنْ غَلَبَ التلَفُ أو استوى الأمرانِ أو شَكَّ (فلا) يجوزُ ذلك ؛ لأنَّه جُرحٌ يُخافُ منه فكان كجُرحِه بلا سَبَبٍ (ويتخَيَّرُ) بين القَطعِ ، وعَدَمِه (في قَطعِ اليدِ المتآكِلَةِ) أو نحوِها (إنْ جَرَى الخطَرانِ) خَطَرُ القَطعِ ، وخَطَرُ الترْكِ (وغلبت السَّلامَةُ) في القَطعِ على خَطَرِه ، وإن استوى الخطَرانِ أو زادَ خَطَرُ القَطعِ بخِلافِ ما إذا لم تغلب السَّلامَةُ لا يجوزُ القَطعُ ، وعليه يُحمَلُ إطلاقُ المهذَّب مَنعَ القَطعِ ، ولو كان الخطَرُ في الترْكِ دون القَطعِ أو لا خَطَرَ في واحِدٍ منهما فله القَطعُ كما فُهِمَ بالأُولى ، وبه صرَّحَ في الأصلِ في الأُولى ، وكذا لو كان الخطَرُ في القَطعِ دون الترْكِ ، وغلبت السَّلامَةُ كما فُهِمَ من قَطعِ السِّلعَةِ والمداواةِ ، ولو قال عَقِبَ قَطعِ السِّلعَةِ أو عُضوٍ مُتآكِلٍ لا غِنَى عن قولِه ، ويتخَيَّرُ إلى آخِرِه ، ولَشَمَلَ ما لو كان الخطَرُ في القَطعِ دون الترْكِ ، وغُلِّبَتِ السَّلامَةُ .

(فرعٌ : له) أيضًا (نَقلُ المزدَحِمِ من النَّخلِ) إذا قال أهلُ الخِبرَةِ : نَقلُها أنفعُ كما ذكَرَه الأصلُ (و) له (قَطعُ البعضِ) منها (لإصلاحِ الأكثَرِ والمقطوعُ) منها (رَهنٌ) أي : مَرهونٌ (بحالِه) ، وكذا ما يجِفُّ منها بلا قَطعٍ كما فُهِمَ بالأولى ، وصرَّحَ به الأصلُ (وما يحدُثُ من سَعَفٍ) ، وإنْ لم يجِفَّ (و) من (ليفٍ ، وكَرَبٍ) بفتحِ الكافِ ، والرَّاءِ ، وهو أُصولُ السَّعَفِ (غيرُ مَرهونٍ) كالثَّمَرةِ (وفيما كان ظاهرًا) منها (حالَ العقدِ خِلافٌ) ففي التتِمَّةِ : مَرهونٌ ، وفي الشامِلِ وتعليقِه - القاضي أبي الطَّيِّب - لا ، وهو الأوجَه (٢) كالصُّوفِ بظَهرِ الغنَمِ كما مَرَّ ، وصاحِبُ التتِمَّةِ مَشَى على طَريقَتِه في الصُّوفِ من أنَّه يدخُلُ في رَهنِ الغنَمِ .

---

(١) (قولُه : كما فُهِمَ من قَطعِ السِّلعَةِ والمُداواةِ) وهو ظاهرٌ .

(٢) (قولُه : وهو الأوجَه) هو الأصحُّ

(فرعٌ) : رَهَنَ عندَ شخصٍ ثلاثَ قَطعِ بَلَخشٍ وثلاثَ حبَّاتِ لُؤلُؤٍ مَثلا وقبَضَه المُرتهِنُ على باب دارِ الرَّاهنِ ثم ادَّعَى المُرتهِنُ أنَّ قِطعَةً من البلخَشِ وقَعَتْ من يدِه على باب دارِ الرَّاهنِ فأفتى الشيخُ تاجُ الدِّينِ والكمالُ سَلَّارٌ بأنَّه يضمَنُ ، لأنَّ اليدَ ليستْ حِرزًا لِذلك .

(فرعٌ : له) أيضًا (رَعيُ الماشيةِ في الأمنِ نهارًا ، ويردُّها ليلًا إلى المرتهنِ أو العدلِ ، وله أنْ ينتجعَ) أي : يذهَبَ (بها) إلى الكلأ ، ونحوِه (لِعَدَمِ الكِفايةِ) لها في مَكانِها (ويردُّها لَيلًا إلى عَدلٍ) يتَّفِقانِ عليه أو يُنَصِّبُه الحاكِمُ كما ذكرَه الأصلُ (فإنْ أرادَ المرتهنُ الانتجاعَ بها) فإنْ كان (لِلضَّرورَةِ) بأن لم يكن بالقُرب ما يكفيها (لم يُمنَع) ، وإلا مُنِعَ (وكذا لو أرادَ نَقلَ المتاعِ من بيتٍ غيرِ مُحَرَّزٍ إلى مُحَرَّزٍ) لم يمنَع (فإن انتجَعا) بها إلى أرضٍ واحِدَةٍ فذاك أو (إلى بَلَدَينِ) يعني أرضَينِ (فلتكن) أي : الماشيةُ (مع الرَّاهنِ ، ويتَّفِقانِ على عَدلٍ تبيتُ عنده) أو يُنَصِّبُه الحاكِمُ كما مَرَّ .

(فرعٌ : الرَّهنُ أمانَةٌ) [1] بيدِ المرتهنِ لِخَبَرِ «الرَّهنُ من راهنِه» أي : من ضَمانِه (لا يسقُطُ بتلَفِه شيءٌ من الدَّينِ) كموتِ الكفيلِ [2] بجامعِ التوثُّقِ (فإن استعارَه) المرتهنُ (أو تعدَّى فيه ضَمِنَ كما لو مَنَعَ منه) أي : من رَدِّه (بعدَ الاستيفاءِ) يعني بعدَ سُقوطِ الدَّينِ ، والمطالَبَةِ المفهومَةِ من مَنَعَ فعُلِمَ أنَّه بعدَ سُقوطِه باقٍ على أمانَتِه بيدِه ما لم يمنَع من رَدِّه ، وبه صرَّحَ الأصلُ .

(فرعٌ) لو (ارتهَنَ بشرطِ أنْ يضمَنَ) المرهونَ (فسَدَ) الرَّهنُ لِفسادِ الشرطِ (ولم يضمَنْ) ما ارتهَنَه (إذْ فاسِدُ كُلِّ عَقدٍ كصَحيحِه في الضَّمانِ ، وعَدَمِه) ؛ لأنَّه إن اقتضَى صَحيحُه الضَّمانَ ففاسِدُه أولى أو عَدَمَه ففاسِدُه كذلك [3] ؛ لأنَّ واضِعَ اليدِ أثبَتَها بإذنِ المالِكِ ، ولم يلتزِم بالعقدِ ضَمانًا ، فالمقبوضُ بفاسِدِ بيعٍ أو إعارَةٍ

---

(١) (قولُه : فرعٌ : الرَّهنُ أمانَةٌ) استثنَى البُلقينيُّ تبعًا لِلمَحامِليِّ ثمانَ مَسائِلَ إحداها : المغصوبُ إذا تحَوَّلَ رَهنًا . ثانيها : المرهونُ إذا تحَوَّلَ غَصبًا . ثالِثُها : المرهونُ إذا تحَوَّلَ عاريَّةً .رابعُها : المُستعارُ إذا تحَوَّلَ رَهنًا . خامِسُها : المقبوضُ بالبيعِ الفاسِدِ إذا رُهِنَ . سادِسُها : المقبوضُ بالسَّومِ إذا رُهِنَ . سابعُها : رَهنُ ما بيدِه بإقالةٍ أو فسخٍ قبلَ قبضِه ثامِنُها: خالعَ على شيءٍ ثم رَهَنَه قبلَ قبضِه ممَّن خالَعَه .

(٢) (قولُه : كموت الكَفيلِ) بجامعِ الوثيقَةِ ، لأنَّه وثيقَةٌ بدَينٍ ليس بعِوضٍ عنه فخَرَجَ بذلك ما إذا حَبَسَ البائِعُ المبيعَ لِقبضِ الثمَنِ وتلِفَ ولو قال المُرتهنُ لِلرَّاهنِ : بع المرهونَ مِنِّي فامتنَعَ لَم يصِر مَضمونًا عليه ، ولا يُجعَلُ كالآخذِ سَومًا ولو باعَ منه ثم تفاسَخا لَم يُعِد الرَّهنَ إلا إذا باعَ منه أو من أجنَبيٍّ بشرطِ الخيارِ لِلبائِعِ أو لهما ثم فسَخَ ، وإنْ شَرَطَ لِلمُشتري وحدَه وفسَخَ بَطَلَ الرَّهنُ وكَتَبَ أيضًا ولأنَّه لو سَقَطَ بتلَفِه لَكان تضييعًا له .

(٣) (قولُه : أو عَدَمُه ففاسِدُه كذلك) قال شيخُنا : أي : عَدَمُ الضَّمانِ لا أنَّه أولى كالتي قبلها .

مَضْمُونٌ ، وبفاسِدِ رَهْنٍ أو هبَةٍ غيرُ مَضْمُونٍ ، واستثنَى من الأولِ (١) ما لو قال قارَضْتُك على أنَّ الرِّبْحَ كُلَّه لي فهو قِراضٌ فاسِدٌ ، ولا يستحِقُّ العامِلُ أُجْرَةً ، وما لو قال ساقَيْتُك على أنَّ الثَّمَرَةَ كُلَّها لي فهو كالقِراضِ فيكونُ فاسِدًا / ولا يستحِقُّ ١٧١/٢
العامِلُ أُجْرَةً ، وما لو صَدرَ عَقدُ الذِّمَّةِ من غيرِ الإمامِ فهو فاسِدٌ ، ولا جِزْيَةَ فيه على الذِّمِّيِّ ، وما لو عَرَضَ العينَ المكْتراةَ على المكْتري فامتنعَ من قبضِها إلى أن انقَضَتِ المدَّةُ استقرَّتِ الأُجْرَةُ ، ولو كانتِ الإجارَةُ فاسِدَةً لم تستقِرَّ ، وما لو ساقاه على وديٍ مَغروسٍ أو ليغرِسَه ، ويتعَهَّدَه مُدَّةً ، والثَّمرُ بينهما ، وقَدَّرَ مُدَّةً لا تُتوقَّعُ فيها الثَّمَرَةُ فهو فاسِدٌ ، ولا يستحِقُّ العامِلُ أُجْرَةً ، واستثنَى من الثاني الشرِكةَ ، فإنَّه لا يضْمَنُ كُلٌّ منهما عَمَلَ الآخَرِ مع صِحَّتِها ، ويضْمَنُه مع فسادِها ، وما لو صَدرَ الرَّهْنُ أو الإجارَة من مُتعَدٍّ كغاصِبٍ فتلِفتِ العينُ في يدِ المرتهنِ أو المستأجِرِ فللمالِكِ تضمينُه ، وإنْ كان القَرارُ على المتعَدِّي مع أنَّه لا ضَمانَ في صَحيحِ الرَّهْنِ ، والإجارَةِ ، وإلى هذِه المسائِلِ أشارَ الأصحابُ بالأصلِ في قولِهم : الأصلُ (٢) أنَّ فاسِدَ كُلِّ عَقدٍ إلى آخِرِه هذا كُلُّه إذا صَدرَ العقدُ من رَشيدٍ ، فلو صَدرَ من غيرِه ما لا يقتضي صَحيحُه الضَّمانَ (٣) كان مَضْمُونًا .

---

(١) (قولُه : واستثنَى من الأوَّلِ إلخ) اعترَضَ بعضُهم على استثناءِ هذه المسائِلِ وقال : لا يصِحُّ الاستثناءُ من القاعِدَةِ لا طَردًا ولا عَكسًا ، لأنَّ المُرادَ بذلك الضَّمانُ المُقابِلُ لِلأمانَةِ بالنِّسبةِ إلى العينِ لا بالنِّسبةِ إلى أُجرَةٍ ولا غيرِها ، فالرَّهْنُ صحيحُه أمانَةٌ وفاسِدُه أمانَةٌ ، وكذلك الإجارَةُ والبيعُ والعارِيَّةُ صحيحُهما مَضمونٌ وفاسِدُهما مَضمونٌ فلا يُرَدُّ شيءٌ فس ق .

(٢) (قولُه : وإلى هذه المسائِلِ أشارَ الأصحابُ بالأصلِ في قولِهم : الأصلُ إلخ) وإلا فقد لا يستويانِ في الضَّامِنِ كما لو استأجَرَ الوليُّ لِلصَّبيِّ على عمَلٍ إجارَةٍ فاسِدَة ففعله الأجيرُ لِلصَّبيِّ فالأُجرَةُ على الوليِّ دونَ مالِ الصَّبيِّ كما صَرَّحَ به البغَوِيّ في فتاويه بخلافِ الصَّحيحةِ ولا في المِقدارِ فإنَّ صحيحَ البيعِ مَضمونٌ بالثمَنِ وفاسِدَه بالقِيمَةِ أو المِثلِ وصحيحُ القرضِ مَضمونٌ بالمِثلِ مُطلَقًا وفاسِدُه بالمِثلِ أو القِيمَةِ وصحيحُ القِراضِ والمُساقاةِ والإجارَةِ والمُسابَقَةِ ونحوِها مَضمونٌ بالمُسمَّى وفاسِدُها بأُجرَةِ المِثلِ كذا قاله في المهِمَّات .

وقولُه : إنَّ صحيحَ البيعِ مَضمونٌ بالثمَنِ فيه نَظَرٌ فإنَّ صحيحَ البيعِ لا ضَمانَ فيه بالثمَنِ بل الثمَنُ فيه مَضمونٌ على المشتري قبلَ القبضِ والمبيعُ على البائِعِ وبعدَ القبضِ ارتفعَ الضَّمانُ من الجانِبَيْنِ حتى إذا تلِف بعدَ القبضِ لَم ينفسِخِ البيعُ .

(٣) (قولُه : فلو صَدرَ من غيرِه ما لا يقتضي صَحيحُه الضَّمانَ إلخ) لا يصِحُّ استثناءُ هذه فإنَّ عَقدَه باطِلٌ لا فاسِدٌ لِرُجوعِ الخلَلِ إلى رُكنِ العقدِ وقد فرَّقَ الأصحابُ بين الباطِلِ والفاسِدِ ......=

(فرعٌ) لو (رَهَنَه أرضًا ، وأذِنَ له في غَرسِها بعدَ شَهْرٍ فهي قبلَ الشهْرِ أمانةٌ) بِحُكْمِ الرَّهْنِ (وبعدَه عاريَّةٌ مَضمُونَةٌ) (١) بحُكْمِ العاريَّةِ (٢) (وكذا لو شرَطَ كونَها مَبيعَةً بعدَ شَهْرٍ) (٣) فهي أمانةٌ قبلَ الشهْرِ لِما مَرَّ ، ومَبيعَةٌ مَضمُونَةٌ بعدَه بحُكْمِ البيعِ (فإنْ غَرَسَ) فيها المرتهنُ في الصُّورَتينِ (قبلَ الشهْرِ قَلَعَ) مجَّانًا (أو بعدَه لم يقلَعْ في الأُولى ، ولا في هذه مجَّانًا) لِوُقوعِه بإذْنِ المالِكِ ، وجَهْلِه المعلُومِ من قولِه : (إلا إنْ عَلِمَ فسادَ البيعِ) ، وغَرَسَ فيقلَعُ مجَّانًا لِتقصيرِه .

(فرعٌ : يُصَدَّقُ المرتهنُ) بيمينِه (كالمستأجِرِ) ، وفي نُسخَةٍ ، والمستأجِرُ (في دَعوى التلَفِ) للمَرهونِ في يدِه ؛ لأنَّه أمينٌ كما مَرَّ نَعَم إنْ ذَكَرَ سَبَبًا ظاهِرًا ففيه التفصيلُ الآتي في الوديعَةِ (٤) (لا) دَعوى (الرَّدِّ) (٥) ؛ لأنَّه قَبَضَه لِغَرَضِ نفسِه كالمستعيرِ (والمرتهنِ من الغاصِبِ يضمَنُ) لِثُبوتِ يدِه على ما لم يأتَمِنه مالِكُه عليه (ويرجِعُ عليه) أي على الغاصِب (إنْ جَهِلَ) الغصبَ لِتغريرِه إيَّاه أمَّا إذا عَلِمَ فهو غاصِبٌ أيضًا قال في الأصلِ : ومِثلُه المستأجِرُ من الغاصِبِ والمودَعِ ، والمضارِبِ ، ووكيلِه في بيعِه ، والمستعيرُ منه ، والمستامُ يُطالَبانِ ، ويستقِرُّ عليهما الضَّمانُ ؛ لأنَّهما ضامِنانِ ، وترَكَه المصنفُ لِعِلْمِه من باب الغصْب .

(فرعٌ) لو (أعطاه كيسَ دراهمَ ليستوفي) حَقَّه (منه فهو أمانةٌ) بيدِه قبلَ أنْ يستوفي منه كالمرهونِ (فإنِ استوفى منه ضَمِنَ الجميعَ) أي : الكيسَ ، وما استوفاه،

= فقالوا : إنْ رَجَعَ الخَلَلُ إلى رُكْنِ العقدِ كبَيْعِ الصَّبيِّ فهو باطِلٌ وإنْ رَجَعَ إلى شرطِه أو صِفتِه فهو فاسِدٌ وفرَّقوا بذلك بين العاريَّةِ الباطِلَةِ والفاسِدَةِ وبين الكِتابةِ الباطِلَةِ والفاسِدَةِ وبين الخُلْعِ الباطِلِ والفاسِدِ .

(١) (قولُه : وبعدَه عاريَّةٌ مَضمونَةٌ) استثنَى الزَّرْكَشيُّ ما إذا لَم يمضِ بعدَه زَمَنٌ يتأتَّى فيه القبضُ وتلِفتْ فلا ضَمانَ .

(٢) (قولُه : بحُكْمِ العاريَّةِ) لأنَّ القبضَ وقَعَ عن الجِهَتَيْنِ جَميعًا فلَزِمَ أنْ يكونَ مُستعيرًا بعدَ الشهْرِ .

(٣) (قولُه : وكذا لو شَرَطَ كونَها مَبيعَةً بعدَ شَهْرٍ) وخَرَجَ بقولِه لو شَرَطَ ما إذا قال : رَهَنْتُك وإذا لَم أُقبِضك عندَ الحُلولِ فهو مَبيعٌ منك فسَدَ البيعُ قال السُّبكيُّ : ويظْهَرُ لي أنَّ الرَّهْنَ لا يفسُدُ ؛ لأنَّه لَم يشترِطْ فيه شيئًا قال شيخُنا الأوجَه فسادُ الرَّهْنِ أيضًا .

(٤) (قولُه : ففيه التفصيلُ الآتي في الوديعَةِ) ذكرَه الرَّافِعِيُّ في آخرِ الكلامِ وأهْمَله في الرَّوضَةِ .

(٥) (قولُه : لا دَعوى الرَّدِّ إلخ) ويُخالِفُ دَعواه التلَفَ لأنَّه لا يتعَلَّقُ باختيارِه فلا تُمكِنُ البيِّنَةُ فيه .

لأنَّ الكيسَ في حُكمِ العاريَّةِ ، وما استوفاه أمسَكه لِنفسِه ، والقبضُ المذكُورُ فاسِدٌ لاتِّحادِ القابضِ ، والمقبَّضِ كما لو قال : خُذْ هذِه الدّراهمَ فاشترِ بها جِنسَ حَقِّك ، وأقبضْه لي ثُم أقبضْه لِنفسِك .

(وإنْ قال : خُذه) أيِ : الكيسَ بما فيه (بدراهِمك) فأخَذَه (فكذلك) أي : يضمَنُه بحُكمِ الشّراءِ الفاسِدِ ، ولا يملِكُه (إلا إن عَلِمَ أنَّه قدرُ مالِه) ، ولم يكن سَلمًا ، ولا قيمَةَ للكيسِ ، وقبِلَ ذلك فيملِكُه فشَمِلَ المستثنَى منه ما لو كان ما فيه مجْهولا أو أكثرَ من دراهِمِه أو أقَلَّ منها أو مِثلها ، وللكيسِ قيمَةٌ أو لا قيمَةَ له ، ولم يقبل فلا يملِكُه لامتِناعِ ذلك في الرِّبَويِّ بل ، وفي غيرِه في الأخيرَةِ ، وكلامُ الأصلِ مُتدافعٌ في مَسألَةِ الأقَلِّ أمَّا غيرُ الرِّبَويِّ إذا لم يكن سَلمًا فيملِكُه إنْ قبلَ ، وإلا فلا بل يضمَنُه أخذًا مِمَّا يأتي ، وبه صرّحَ المتولّي (وإنْ قال خُذْ هذا العبدَ بحَقِّك فقَبلَ ، ولم يكنْ سَلمًا) أي : مُسَلمًا فيه (مَلكه) كسائرِ المعاوضاتِ بخِلافِ ما إذا كان سَلمًا لِعَدَمِ صِحَّةِ الاعتياضِ عنه (وإنْ لم يقبل ، وأخَذَه ضَمِنَ) بحُكمِ الشّراءِ الفاسِدِ .

(فصلٌ : والمرتهنُ في تصَرُّفِه) في المرهونِ (كالأجنَبيِّ) في أنَّه يمْنَعُ من التصرُّفِ فيه بغيرِ إذنٍ سواءٌ التصرُّفُ القوليُّ كالعِتقِ ، والفعليُّ كالرُّكوبِ إذ ليس له إلا حَقُّ التوثُّقِ ، وما يتبعُه (ووطْؤُه) للمَرهونَةِ (بغيرِ إذنِ الرَّاهنِ [(١)] ، وبغيرِ شُبْهَةٍ زِنًا) كوطْءِ المكتري فيُوجِبُ الحدَّ ، ويُوجِبُ المهْرَ ما لم تكن مُطاوِعَةً عالِمَةً بالتحريمِ ، وولَدُها منه مِلْكٌ لِلرَّاهنِ ، وغيرُ نَسيبٍ (ولا يُصَدَّقُ في) دَعوى (الجهْلِ بتحريمِه) [(٢)] أيِ : الوطْءِ / (إلا إنْ نَشَأ ببادِيَةٍ) بعيدَةٍ عن العُلماءِ (أو أسلمَ قَريبًا) [(٣)] فيُصَدَّقُ بيمينِه ، لأنَّه قد يخفَى عليه قال الأذْرَعيُّ : وينبَغي أنْ يُزادَ عليهما أو كانتِ المرهونَةُ لأبيه أو أُمِّه ، وادَّعَى أنَّه جَهلَ تحريمَ وطْئِها عليه كما نَصَّ ١٧٢/٢

(١) (قولُه : ووطؤه بغيرِ إذنِ الرَّاهنِ) أي : المالِكِ .

(٢) (قولُه : ولا يُصَدَّقُ في الجهْلِ بتحريمِه إلخ) ظاهرُ كلامِهم أنَّ المُرادَ جَهْلُ تحريمِ وطْءِ المرهونَةِ يعني : قال : ظَنَنْت أنَّ الارتهانَ يُبيحُ الوطْءَ وإلا فكَدعوى جَهْلِ تحريمِ الزِّنا.

(٣) (قولُه : أو أسلَمَ قَريبًا) شرطُ قَريبِ الإسلامِ أنْ لا ينشأَ ببلادِنا بل قَدِمَ من بلادِ الحربِ مَثلا أمَّا مَنْ يُخالِطُنا من أهْلِ الذِّمَّةِ فهو كَعَوامِّنا في رَفعِ الحدِّ ع ، قد يُفرَّقُ بأنَّا لا نُكلِّفُ أهلَ الذِّمَّةِ تعَلُّمَ أحكامِ الشرعِ بخِلافِ عَوامِّنا فيُحكَمُ بتقصيرِهم .

عليه الشافعيُّ في الأُمِّ والأصحابُ في الحُدودِ ، ولا يُصَدَّقُ في غيرِ ذلك **(نَعَم يُصَدَّقُ)** بيمينِه **(إنْ أذِنَ له المالِكُ في الوطْءِ)** في **(أنَّه جاهلٌ بتحريمِه)** ، وإنْ نَشَأ مُسلِمًا بين العُلماءِ إذ قد يخفى التحريمُ مع الإذنِ **(فيسقُطُ)** به **(الحدُّ)** عنه **(ثُم يثبُتُ النَّسَبُ والحُرِّيَّةُ)** للولَدِ **(والمهرُ)** لِلشُّبهَةِ [١] **(إلا مَهرَ مُطاوِعَةٍ في وطْئِها)** عالِمَةٍ بتحريمِه فلا يثبُتُ ؛ لأنَّه لا مَهرَ لِبَغِيٍّ بخِلافِ المكرَهَةِ ، والجاهلَةِ بالتحريمِ ؛ لأنَّ وُجوبَ المهرِ حَيثُ لا يجِبُ الحدُّ حَقُّ الشرعِ فلا يُؤَثِّرُ فيه الإذنُ كالمفوَّضَةِ تستحِقُّ المهرَ بالدُّخولِ مع تفويضِها **(وتجِبُ قيمةُ الولَدِ)** الحاصِلِ بوطئِه لِلرَّاهنِ لِتفويتِه الرِّقَّ قال الزَّركشيُّ : وينبَغي أنْ يُستثنَى منه [٢] ما لو كان يعتِقُ على الرَّاهنِ كما سَيأتي في نِكاحِ الأمَةِ ، وكالوطْءِ بالجهْلِ فيما ذُكِرَ الوطْءُ بشُبهَةٍ كأنْ ظَنَّها زَوجَته الحُرَّةَ أو أمَته **(وإذا مَلَكها)** المرتهنُ بعدَ إيلادِه لها **(لم تصِرْ أُمَّ ولَدٍ)** له ؛ لأنَّها عُلِّقَتْ به في غيرِ مِلْكِه ، ولو كان أبًا لِلرَّاهنِ صارَتْ أُمَّ ولَدٍ له بالإيلادِ كما هو مَعلومٌ في النِّكاحِ **(فإنِ ادَّعَى)** بعدَ الوطْءِ **(أنَّه)** كان **(اشتراها أو اتَّهَبَها)** [٣] من الرَّاهنِ ، وقَبَضَها بإذنِه في الثانيةِ **(فحَلَفَ الرَّاهنُ)** بعدَ إنكارِه **(فالولَدُ رَقيقٌ)** له كأُمِّه ، وبذلك عُلِمَ أنَّه المصَدَّقُ بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ ما ادَّعاه المرتهنُ **(فإنْ مَلَكها)** المرتهنُ **(صارَتْ أُمَّ ولَدٍ)** له ، والولَدُ حُرٌّ **(لإقرارِه)** كما لو أقَرَّ بحُرِّيَّةِ عبدِ غيرِه ثُم اشتراه ، وكذا لو حَلَفَ بعدَ نُكولِ الرَّاهنِ كما ذَكرَه الأصلُ .

(فصْلٌ) **(أرشُ المرهونِ [٤] ، وقيمَتُه إنْ ضَمِنَ)** كُلٌّ منهما بالجِنايةِ **(رَهْنٌ)** أي : مَرهونٌ بَدَلَ المجنِيِّ عليه إقامَةً له مُقامَه ، ويُجعَلُ بيدِ مَن كان الأصلُ بيدِه كما صرَّحَ به الأصلُ **(ولو كان في ذِمَّةِ الجاني)** فإنَّه رَهْنٌ ، وإن امتنَعَ رَهْنُ الدَّيْنِ

---

(١) (قولُه : لِلشُّبهَةِ) كأنْ كانتْ أمَةَ فرعِه أو مُكْرَهَةً أو جاهلَةً أو نائِمَةً أو مُغمًى عليها أو صَغيرَةً أو مَجنونَةً أو أعجَميَّةً أو ظَنَّته زَوجَها أو سَيِّدَها وإنْ عَلِمَ الحُرمَةَ حُدَّ ولا أثَرَ لِمَذهَبِ عَطاءِ بنِ أبي رَباحٍ وقال الإمامُ في النِّهايةِ وصاحِبُ التهذيبِ في التعليقِ والغزاليُّ في البسيطِ : إنَّ الحدَّ لا يُدرَأُ بالمذاهبِ وإنَّما يُدرَأُ بقوَّةِ الأدِلَّةِ التي يتمَسَّكُ بها .

(٢) (قولُه : قال الزَّركَشيُّ : وينبَغي أنْ يُستثنَى منه إلخ) الاستثناءُ على رَأيٍ مَرجوحٍ .

(٣) (قولُه : أو اتَّهَبَها) أو زَوَّجَه إيَّاها .

(٤) (قولُه : أرشُ المرهونِ إلخ) شَمَلَ إطلاقُهم ما لو أتلَفه المرتهنُ وتجِبُ عليه القِيمَةُ وفي صيرورَتِها رَهنًا نَظَرٌ ؛ لأنَّه لا يكونُ ما وجَبَ عليه رَهنًا له وقولُه لا يكونُ ما وجَبَ عليه إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

ابتداءً إذ يحتمِلُ دوامًا ما لا يحتمِلُ ابتداءً ، ويُفارِقُ نَظيرَه في قيمَةِ الموقوفِ ، وقيمَةِ الأُضحيَّةِ المعيَّنَةِ حيثُ لا تصيرُ الأُولى موقوفةً ، والثانيةُ أُضحيَّةً بأنَّ القيمَةَ يصِحُّ أن تكونَ مَرهونَةً (١) ، ولا يصِحُّ أنْ تكونَ مَوقوفةً ، ولا أُضحيَّةً ثُم ما يشتري بقيمَةِ الموقوفِ إنَّما يصيرُ مَوقوفًا بإنشاءِ وقفٍ ، وما يشتري بقيمَةِ الأُضحيَّةِ يصيرُ أُضحيَّةً بنفسِ الشِّراءِ إن اشترَى بعَيْنِ القيمَةِ ، وبنيَّةِ كونِه أُضحيَّةً إن اشترَى بما في الذِّمَّةِ ، والفرقُ بينها ، وبين الوقفِ أنَّ الوقف يحتاطُ له باشتِراطِ بَيانِ المصرِفِ ، وغيرِه بخِلافِ الأُضحيَّةِ ، وبين شِقَّيِ الأُضحيَّةِ أنَّه إذا اشترَى بعَيْنِ القيمَةِ كانت قَرينَةً دالةً على رِضاه فاكْتفى بنيَّتِه الأُولى بخِلافِ الشِّراءِ بما في الذِّمَّةِ ثم محَلُّ كونِ ما ذُكرَ رَهْنًا في الذِّمَّةِ إذا كان الجاني غيرَ الرَّاهنِ ، وإلا فلا يصيرُ مَرهونًا إلا بالغُرمِ كما يُؤخَذُ مِمَّا مَرَّ فيما إذا لَزِمَه قيمَةُ ما أعتقَه إذ لا فائِدَةَ في كونِه مَرهونًا في ذِمَّتِه (٢) بخِلافِه في ذِمَّةِ غيرِه ، وما ذُكِرَ في الجِنايةِ محِلُّه إذا نَقَصَتِ القيمَةُ بها ، ولم يزِدْ الأرشُ فلو لم تنقُص بها كأنْ قُطِعَ ذَكَرُهُ وأُنثَياه أو نَقَصَتْ بها ، وكان الأرشُ زائِدًا على ما نَقَصَ منها فازَ المالِكُ بالأرشِ كُلِّه في الأُولى ، وبالزَّائِدِ على ما ذُكِرَ في الثانيةِ ذَكرَه الماورديُّ (٣) / ١٧٣/٢

(١) (قولُه : بأنَّ القيمَةَ يصِحُّ أنْ تكونَ مَرهونَةً إلخ) وبأنَّ جميعَ أحكامِ الرَّهْنِ ثابتةٌ لها فقد اتَّفقوا على تعَلُّقِ حَقِّ المُرتهنِ بها وعلى مَنعِ الرَّاهنِ من الإبراءِ منها ولا مَعنَى للرَّهْنِ إلا هذا فلا فائِدَةَ في إنشاءِ رَهنِها وقبلَ الشِّراءِ لَم يصِرِ البدَلُ وقفًا ولا أُضحيَّةً ، وقد يرَى الناظِرُ المصْلَحةَ في رَدِّه ووقفِ غيرِه وبأنَّ المصْلَحةَ المُرتَّبةَ على الرَّهْنِ محْضُ حَقِّ الآدَميِّ وهو مَبنيٌّ على المُضايقَةِ والمِلكِ في الوقفِ لِلَّهِ تعالى وهو مَبنيٌّ على التوسِعَةِ .

(٢) (قولُه : إذ لا فائِدَةَ في كونِه مَرهونًا في ذمَّته إلخ) هذا مَمنوعٌ إذ تظهَرُ فائِدَتُه فيما إذا حُجِرَ عليه بفلَسٍ أو مات فلا تُزاحِمُه فيه أربابُ الدُّيونِ وقد مَرَّ أنَّ قِيمَةَ العتيقِ تكونُ رَهْنًا في ذمَّةِ المُعتقِ .

(٣) (قولُه : ذكرَه الماورديُّ) قال البُلقينيُّ : لَم أرَ مَن ذكرَه غيرَه وما أظُنُّ أنَّه يوافقُ عليه ويُطالَبُ وشَبَّهه في الأُولى بنَماءِ الرَّهْنِ وهو تشبيهٌ مَردودٌ ، فإنَّ النماءَ لَم يتناوله عَقدُ الرَّهْنِ بخلافِ أبعاضِ العبدِ ، وقال في أثناءِ كلامِه إنَّ المُرتهنَ إنَّما يتعَلَّقُ حَقُّه بما يضمَنُ في الغصبِ وهو مَمنوعٌ فلا تلازُمَ بين البابَيْنِ وقال ثالِثًا : إنَّ مِثلَ ذلك لا يضمَنُ في الغصبِ ، وهذا مَمنوعٌ فجَميعُ ذلك مَضمونٌ في الغصبِ إلا ما سَقَطَ بآفةٍ سَماويَّةٍ ولا نقصَ . ا هـ . فالرَّاجِحُ خلافُ ما قاله الماورديُّ وإنْ قال الزَّركَشيُّ : إنَّه ظاهرٌ وقولُه : وهو تشبيهٌ مَردودٌ أشارَ إلى تصحيحِه ، وكَتبَ في محَلٍّ آخرَ بعدَ هذا : فأرشُ البكارَةِ وأطرافُ العبدِ مَرهونَةٌ ، لأنَّها بَدَلُ جُزءٍ من المرهونِ قال الأذرَعيُّ : هذا إذا نَقَصَتْ قِيمَتُه بالجِنايةِ أمَّا لو لَم تنقُص قِيمَتُه بالجِنايةِ كما لو قُطِعَ ذكَرُ العبدِ ففي الحاوِي وغيرِه أنَّ الواجِبَ بهذه الجِنايةِ يفوزُ به الرَّاهنُ كالثِّمارِ ، وهذا واضِحٌ ،..=

(ويُطالَبُ به) أي : بما ذُكِرَ من الأرشِ أو القيمةِ (الرَّاهنُ) (١) ، لأنَّه المالِكُ بخِلافِ المرتهنِ لكنَّه لا يقبضُه ، وإنَّما يقبضُه مَنْ كان الأصلُ بيدِه (٢) قاله الماورديُّ بناءً على أنَّه مَرهونٌ في الذِّمَّةِ ، وتعبيرُ المصنفِ بالمطالَبَةِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالمخاصَمَةِ (وللمُرتهنِ الحُضورُ) عند مُطالَبَةِ الرَّاهنِ لِتعَلُّقِ حَقِّه بالبَدَلِ ثُم إنْ أقَرَّ الجاني أو أقامَ الرَّاهنُ بَيِّنَةً أو حَلَف بعدَ نُكُولِ المدَّعَى عليه ثَبَتتِ الجِنايةُ (فإنْ أعرَضَ الرَّاهنُ) عن المطالَبَةِ (أو نَكلَ لم يكن المرتهنُ قائمًا مُقامَه) (٣) فلا يُطالَبُ ، ولا يحلِفُ كغُرَماءِ المفلِسِ (٤) .

(ولِلرَّاهنِ أنْ يقتصَّ) من الجاني على المرهونِ (في العمدِ) لِعُمُومِ الأدِلَّةِ (ويبطُلُ حَقُّ المرتهنِ) فيما اقتصَّ فيه لِفواتِه بلا بَدَلٍ (و) لِلرَّاهنِ (أنْ يعفو عن القِصاصِ مُطْلَقًا) عن التقييدِ بمالٍ (ولا يجِبُ مالٌ) بالعفوِ ، وإنْ أطْلَقَه بناءً على أنَّ مُطلَقَه لا يُوجِبُ مالا ، وهو الأصَحُّ (ولو أعرَضَ عن القِصاصِ والعفوِ) بأن

= وقد يُغفلُ عنه ويجري اللَّفظُ على إطلاقِه . ا هـ .

(١) (قولُه ويُطالَبُ به الرَّاهنُ) لأنَّه المالِكُ كالمؤَجِّرِ والمُعيرِ والمودِعِ ، وإنَّما عَبَّرَ بالرَّاهنِ ليشمَلَ الوليَّ والوصيَّ ونحوهما لكن يرِدُّ عليه الرَّهنَ المُعارَ فإنَّ الخصْمَ فيه المُعيرُ لا الرَّاهنُ المُستعيرُ ، ويجري الخلافُ في المُطالَبَةِ بعَيْنِ المغصوب .

(٢) (قولُه : وإنَّما يقبضُه مَنْ كان الأصلُ بيدِه) قاله الماورديُّ قال البُلقِينيُّ : وهذا عندَنا مَمنوعٌ ؛ لأنَّ الذي في الذِّمَّةِ إنَّما يتعَيَّن بقبضِ المالِكِ أو المأذونِ من جِهَتِه شرعًا والمُرتهنُ عَلَّقته في الوثيقَةِ وهي فرعٌ عن قبضِ المالِ ويُمكِنُ أنْ يُبنَى ذلك على أنَّه يوصَفُ في الذِّمَّةِ بأنَّه مَرهونٌ وكذلك في صورَةِ غيرِ المُرتهنِ . ا هـ .

(٣) (قولُه : لَم يكُنِ المُرتهنُ قائِمًا مُقامَه) قال صاحِبُ الأنوارِ : الذي فهمته من كلامِ الأصحاب بعدَما تأنَّقت فيه أنَّه لا يُخاصِمُ المُرتهنُ حيثُ يستبدُّ الرَّاهنُ بإسقاطِ الواجِب وهو ما إذا كان قِصاصًا دونَ ما لا يستقِلُّ به وهو ما إذا كان غيرَه قال النوويُّ في التنقِيحِ عن صاحِب التهذيب : إنَّه قال : رَأيت بخَطِّ شيخي أنَّه لو ادَّعَى على رَجُلٍ أنَّ هذه العيْنَ التي في يدِك مِلكُ فُلانٍ رَهَنَها مِنِّي أو آجرَها مِنِّي تُسمَعُ وكذا لو ادَّعَى أنَّك غَصَبت مِنِّي المرهونَ فهَلَكَ في يدِك تُسمَعُ الدَّعوى ، وكذلك كُلُّ موضِعٍ تعَلَّق له حَقٌّ مُعَيَّنٌ تُسمَعُ دَعواه على غاصِبِها وأقرَّه النوويُّ ، وكلامُ الماورديِّ في كِتاب السَّرِقَةِ مُصَرِّحٌ باختيارِ المُخاصَمَةِ في هذه المسائِلِ ، ولو باعَ الرَّاهنُ العيْنَ المرهونَةَ بغيرِ إذْنِ مُرتهِنِها سُمِعَتْ دَعواه بها على مُشتريها .

(٤) (قولُه : فلا يُطالَبُ ولا يَحْلِفُ كَغُرَماءِ المفْلِسِ) مَحَلُّه إذا تمَكَّنَ المالِكُ من المُخاصَمَةِ أمَّا لو باعَ العيْنَ المرهونَةَ فلِلمُرتهنِ المُخاصَمَةُ جَزْمًا كذا أفْتى به البُلقِينيُّ وهو ظاهِرٌ .

سَكت عنهما **(لم يُجبَر على أحدِهما)** ؛ لأنَّـه يملِكُ إسقاطَـه فتأخـيرُه أولى **(وإنْ كانتْ)** أي : الجِنايةُ **(خَطَأً)** أو عَمدًا يُوجِبُ مالا لِعَدَمِ المكافأةِ مثلا [١] **(أو عَفا على مالٍ صارَ)** المالُ فيها **(رَهْنًا)** أي : مَرهونًا كما مَرَّ **(ولم يكنْ لِلرَّاهنِ العفوُ عنـه ، ولا التصرُّفُ فيه إلا بإذْنِ المرتهنِ)** لِتعلُّقِ حَقِّه به فلو صالحَ عنه على غيرِ جِنسِه لم يصِحَّ إلا بإذْنِ المرتهنِ فيصِحُّ ، ويكونُ المأخوذُ مَرهونًا قال في الأصلِ : كذا نَقَلُوه ، واستشكله الرَّافعيُّ بما قَدَّمته مع جوابه في فرعٍ : أذِنَ له في بيعِ الرَّهنِ ، وقد يستشكِلُ بأنَّ التصرُّف في المرهونِ بما يُزيلُ المِلْك بإذْنِ المرتهنِ يحصُلُ به انفِكاكُ الرَّهنِ ، ويُجابُ : بأنَّ اطِّرادَ ذلك إنَّما هو في الأعيانِ بخِلافِ ما في الذِّمَمِ ، لأنَّ ما فيها لا يتحَقَّقُ إلا بقبضِه أو قبضِ بَدَلِـه **(وإنْ أبرأ المرتهنُ الجاني لـم يبْرَأْ)** ، لأنَّه ليس بمالِكٍ **(ولم تسقُط الوثيقةُ)** لِعَدَمِ صِحَّةِ الإبراءِ كما لو وهبَ المرهونَ لِغيرِه .

(فضلٌ) **(الزَّوائِدُ المتَّصِلَةُ)** كسِمَنٍ وكِبَرِ شَجَرَةٍ **(مَرهونَةٌ)** تبعًا لأصلِها [٢] **(لا المنفصِلَةُ)** [٣] كثَمَـرَةٍ ، ولَبَنٍ ، وبيضٍ ، وصـوفٍ ، ومَهْـرٍ ، وكَسْـبٍ (، **والحمْـلُ المقـارِنُ للعَقدِ لا للقبضِ مَـرهونٌ)** بناءً على أنَّ الحملَ يُعلمُ ، وهو الأصَحُّ **(فتُباعُ بحَملِها)** في الدّينِ **(وكذا إن انفصَـلَ)** قبـلَ البيعِ ، وقولُه لا للقبضِ يُغني عنـه ما قبله ، وكذا قولُه **(لا)** الحملُ **(الحادِثُ)** بعدَ العقدِ **(فلا تُباعُ الأُمُّ للمُـرتهنِ)** أي لِحَقِّه **(حتّى تلِدَه)** بقَيْدٍ زادَه تبعًا للإسنَويِّ [٤] بقولِه : **(إنْ تعَلَّقَ به حَقٌّ ثالِثٌ)** بوصيَّةٍ أو حَجْرِ فلَسٍ أو مَوتٍ أو تعلَّقَ الدّيْنُ برقَبَةِ أُمِّه دونه [٥] كالجانيةِ ، والمعـارَةِ

---

(١) (قولُه : لِعَدَمِ المكافأةِ مَثَلا) ككونِ الجاني حُرًّا أو أباه

(٢) (قولُه : تبعًا لأصلِها) لِعَدَمِ تمييزِها .

(٣) (قولُه : لا المنُفصِلَةُ) لأنَّ الرَّهنَ لا يُزيلُ المِلكَ فلَم يسرِ إليها كالإجارَةِ وقد يُعَبَّرُ عن المُنفصِلَةِ بالعينيَّةِ والمُتَّصِلَةِ بالوصفيَّةِ .

(فرعٌ) : في فتاوى أبي شُكيلٍ إذا رَهَنَه بَيْضَةً فتفرَّخَتْ هل يزولُ الرَّهنُ أم لا ، والجوابُ أنَّه لا يزولُ على المشهورِ أخذًا من مَسألَةِ التفليسِ ، ولا يبعُدُ إجراءُ وجهٍ فيه منها ، ورَجَّحَه طائِفةٌ من الأصحاب قال الناشِريُّ ، وسَألت عمَّنْ رَهَنَ بَذرًا وأقبَضَه ثم استأذَنَ الرَّاهنُ المُرتهنَ في التلوُّمِ به فأذنَ له المُرتهنُ هل يبقَى رَهنًا أم لا فأجَبت : نَعَم يبقَى الرَّهنُ حتى يبقَى الزَّرعُ وما تولَّدَ منه مَرهونًا أخذًا من المُفلِسِ في البذرِ .

(٤) (قولُه : بقَيْدٍ زادَه تبعًا لِلإسنَويِّ) هو مَعلومٌ من قولِ أصلِه وتوزيعُ الثمَنِ ، وقولُه : لأنَّ الحِملَ لا تُعرَفُ قِيمَتُه .

(٥)(قولُه : أو تعَلَّقَ الدَّينُ برقَبةِ أُمِّه دونَه) بأنْ لَم يتعَلَّق بذمَّةِ مالِكِها .

لِلرَّهْنِ أو نَحوِها ، وذلك لِتعَذُّرِ توزيعِ الثَّمَنِ ، لأنَّ الحملَ لا تُعرَفُ قيمَتُه ، فإنْ لم يتعَلَّق به أو بها شيءٌ من ذلك أُلزِمَ الرَّاهنُ بالبيعِ أو توفيةِ الدَّيْنِ ثُم بعدَ البيعِ إنْ تساوى الثَّمَنُ ، والدَّيْنُ فذاك ، وإنْ فضَلَ من الثَّمَنِ شيءٌ أخَذَه المالِكُ أو نَقَصَ طولِبَ بالباقي ، ولو رَهَنَ نَخلَةً ثُم أطلَعَتْ استثنَى طَلْعَها عند بيعِها ، ولا يمتنِعُ بيعُها مُطلَقًا بخِلافِ الحامِلِ كما عُلِمَ من مَجْمُوعِ كلامِه في هذا الباب ، وباب الأُصولِ ، والثِّمارِ ، ونبَّهَ عليه الأصلُ هنا .

(فرعٌ) إذا **(ضَرَبَ)** إنسانٌ الأمَةَ **(المرهونَةَ فألقَتْ جَنينًا)** حَمَلَتْ به بعدَ الرَّهْنِ فإنْ ألقَتْه **(مَيِّتًا فالواجِبُ)** عليه **(عُشرُ قيمَةِ الأُمِّ لِلرَّاهِنِ)** فلا يكونُ مرهونًا لأنَّه بَدَلُ الولَدِ ، وليس مَرهونًا لكن **(يُؤخَذُ منه أرشُ نَقصِ الأُمِّ هنا)** إنْ نَقَصَتْ فلا يجِبُ به شيءٌ آخَرُ ، لأنَّه داخِلٌ في بَدَلِ الجنينِ نَعَم إنْ كان الضَّارِبُ هو الرَّاهنُ ضَمِنَ النَّقصَ للمُرتهِنِ ، لأنَّه إنْ كان الولَدُ له فلا يضمَنُ بَدَله حتى يدخُلَ أرشُ النَّقصِ فيه ، وإنْ كان لِغيرِه بأنْ أوصَى به لِغيرِ مالِكِ الأُمِّ فبَدَلُه كُلُّه لِغيرِه **(وإذًا)** الأولى قولُ الأصلِ ، وإنْ **(ألقَتْه حيًّا ، ومات)** بالضَّرب **(وجَبَ)** على
١٧٤/٢ الضَّارِب / **(لِلرَّاهنِ قيمَتُه)** حيًّا **(وأرشُ نَقصِها)** إنْ نَقَصَتْ ، وهو **(مَرهونٌ ، وليس في جَنينِ البَهيمَةِ الميِّتِ إلا أرشُ نَقصِ الأُمِّ)** إنْ نَقَصَتْ ، ويكونُ رَهنًا ؛ لأنَّه بَدَلُ جُزئِها ، وهو مَرهونٌ ، وبهذا فارَقَ عُشرَ قيمَةِ الأمَةِ أمَّا الحيُّ إذا مات بالضَّرب فيجِبُ فيه مع ذلك قيمَتُه لِلرَّاهِنِ .

(الطَّرَفُ الثالِثُ : الفكاكُ) لِلرَّهْنِ بفتحِ الفاءِ أشهَرُ من كسْرِها **(ويقَعُ)** أي : يحصُلُ **(بفسخِ المرتهِنِ)** (١) وإن لم يُوافِقه الرَّاهنُ ، لأنَّه جائِزٌ من جِهَتِه (٢) بخِلافِ الرَّاهنِ **(وبتلَفِ المرهونِ بآفةٍ سَماوِيَّةٍ)** لِفواتِه بلا بَدَلٍ (٣) **(فإنْ جَنَى)** المرهونُ على

---

(١) (قولُه : ويقَعُ بفسخِ المُرتهِنِ) يُستثنَى التركَةُ إذا قُلنا : إنَّها مَرهونَةٌ بالدَّيْنِ فأرادَ صاحِبُ الدَّيْنِ الفسخَ لَم يكُنْ له ذلك ، لأنَّ الرَّهْنَ لِمَصْلَحةِ الميِّت والفكُّ يُفوِّتُها .

(٢) (قولُه : لأنَّه جائِزٌ من جِهَته) لو فكَّ المُرتهنُ الرَّهْنَ في بعضِ المرهونِ انفكَّ وصارَ الباقي رَهنًا بجَميعِ الدَّيْنِ .

(٣) (قولُه : لِفواتِه بلا بَدَلٍ) مَحَلُّه إذا لَم يكُن مَغصوبًا وإلا فهو مَضمونٌ على غاصِبه بالقِيمَةِ ، ومِثلُه المُستعيرُ والمُشتري شِراءً فاسِدًا ، فتُؤخَذُ منه وتُجْعَلُ رَهنًا ، ولو أذنَ المُرتهِنُ لِلرَّاهِنِ في ضَربه فتلِف منه فإنَّه ينفسِخُ الرَّهْنُ نَصَّ عليه في الأُمِّ وجَرَى عليه الأئِمَّةُ ، ولو قال الرَّاهنُ : نَقَلت حَقَّك إلى عَيْنٍ أُخرى ورَضِي به المُرتهنُ لَم ينتقِل بلا فسخٍ وعَقدٍ جَديدٍ .

أجنبيٌ (قُدِّمَ حقُّ المجنيِّ عليه) على حَقِّ المرتهنِ ، لأنَّ حَقَّه مُتعيَّنٌ في الرَّقبَةِ (١) ، وحَقُّ المرتهنِ مُتعلِّقٌ بذِمَّةِ الرَّاهنِ وبالرَّقَبَةِ ، ولأنَّ حَقَّ المجنيِّ عليه (٢) مُقدَّمٌ على حَقِّ المالِكِ (٣) فأولى أنْ يتقدَّمَ على حَقِّ المتوثِّقِ (فإن اقتصَّ منه) (٤) المستحِقُّ فيما إذا أوجبَتِ الجِنايةُ قِصاصًا (أو وجَبَ) بها ، ولو بالعفوِ عنها (مالٌ قدرُ قيمَتِه بيعَ) لِحَقِّ المجنيِّ عليه في الثانيةِ (وبطَلَ الرَّهْنُ) فيهما ، وفيما قبلها بالنِّسبَةِ لِما وقَعَ فيه القِصاصُ نَعَم إن وجبَتْ قيمَتُه بأنْ كان تحت يدِ غاصِبٍ أو نَحوِه لم يبطُل الرَّهْنُ بل تكونُ قيمَتُه رَهنًا مَكانه ، ولو قال : وبيعَ بَطَلَ كان أوضَحَ (أو) قدرُ (بعضِها بيعَ) منه (بقدرِه) ، والباقي مَرهونٌ (فإنْ تعذَّرَ) بيعَ بعضُه (أو نَقَصَ بالتبعيضِ) قيمَتُه (باعَ الكُلَّ ، وبَقِي الفاضِلُ) عن الأرشِ (رَهنًا فإنْ عَفا) عن الأرشِ (أو فداه السَّيِّدُ) أو غيرُه (بَقِي رَهنًا) بحالِه (فلو بيعَ) في الجِنايةِ (وعادَ مِلْكُ الرَّاهنِ فيه لم يعُدْ رَهنًا) لانفِكاكِه بالبيعِ ، هذا كُلُّه إذا لم يأمُره السَّيِّدُ بالجِنايةِ (فإنْ أمَرَه السَّيِّدُ بالجِنايةِ ، وهو مُميِّزٌ فلا أثَرَ لإذنِه) في شيءٍ (إلا) في (الإثمِ) فيأثَمُ به (أو غيرُ مُميِّزٍ أو أعجَميٌّ يعتقِدُ وُجوبَ الطَّاعَةِ) لِلسَّيِّدِ في كُلِّ ما يأمُرُه به (فالجاني هو السَّيِّدُ) فعليه القِصاصُ أو الضَّمانُ (ولا يتعَلَّقُ برَقَبَةِ العبدِ مالٌ) ، ولا قِصاص كما فُهِمَ بالأُولى ، لأنَّه بمَنزِلَةِ الآلَةِ في الفعلِ (ولا يُقبَلُ قولُه) أي : السَّيِّدِ (أنا أمَرته) بالجِنايةِ (في حَقِّ المجنيِّ عليه) ، لأنَّه يتضمَّنُ قَطعَ حَقِّه عن الرَّقَبَةِ (بل يُباعُ العبدُ فيها وعلى السَّيِّدِ القيمَةُ) لِتكونَ رَهنًا مَكانه (لإقرارِه) (٥) بأمرِه بالجِنايةِ .

---

(١) (قولُه : لأنَّ حَقَّه مُتعيِّنٌ في الرَّقبة) بدَليلِ أنَّه لو مات سَقَطَ حَقُّه .

(٢) (قولُه : ولأنَّ حَقَّ المجنيِّ عليه إلخ) قَضيَّةُ التوجيه الأوَّلِ أنَّه لو لَم يسقُطْ حَقُّ المجنيِّ عليه بالموت كما لو كان العبدُ مَغصوبًا أو مُستعارًا أو مَبيعًا بيْعًا فاسِدًا أنْ لا يُقَدَّمَ ، لأنَّه لو قُدِّمَ حَقُّ المُرتهنِ لَم يسقُطْ حَقُّ المجنيِّ عليه فإنَّ له مُطالبَةَ الغاصِب أو المُستعيرِ أو المُشتري . اهـ . يُقَدَّمُ في هذه الصُّورِ أيضًا وتُؤخَذُ القِيمَةُ وتكونُ رَهنًا مَكانه .

(٣) (قولُه : مُقَدَّمٌ على حَقِّ المالِك) أي : قَهرًا .

(٤) (قولُه : فإنِ اقتصَّ منه) أي في النفسِ أمَّا لو اقتصَّ في الطَّرَفِ فالرَّهْنُ يبقَى بحالِه .

(٥) (قولُه : وعلى السَّيِّدِ القِيمَةُ لإقرارِه إلخ) فيه نَظَرٌ ، لأنَّ مَضمونَ قولِ الرَّاهنِ إنَّ أرشَ الجِنايةِ عليه وإنَّ بيع العبدُ وقَعَ ظُلمًا فكيف يُجْعَلُ ما أُخذَ منه رَهنًا ، وجَوابُه أنَّ الأرشَ الذي قولُ الرَّاهنِ: انَّه عليه مِلكُ المجنيِّ عليه وقد أُخذَ بَدَلَ الرَّهْنِ ظُلماً في جِنايته وحَقُّ المرتهن متعلق به فجعل الأرش الذي يستحقه مكانه من باب الظفر بمال من عليه الحق ولذلك أصل ستعرفه في باب الضمان والحوالة وتوجيه الظفران مقتضى قول السيد أن المجني عليه حال بين المرتهن والعبد ظلماً عليه قيمته للحيلولة وله على السيد الأرش وهو غريم الغريم.

(فصلٌ) (وإنْ جنَى) عَمدًا (على طَرَفِ سَيِّدِه أو عبدِه) أي: عبدِ سَيِّدِه (اقتصَّ منه) انتقامًا، وزَجرًا، وهو أحوجُ إلى ذلك من الأجانبِ فإن اقتصَّ منه بَطَلَ الرَّهْنُ فيما اقتصَّ فيه (ولو عَفا على مالٍ) أو كانتِ الجِنايةُ خَطأً أو عَمدًا يُوجِبُ مالا (لم يثبُتْ)، لأنَّ السَّيِّدَ لا يثبُتُ له على عبدِه مالٌ فيبقَى الرَّهْنُ كما كان (وكذا) يقتصُّ منه، ولا يثبُتُ مالٌ (إنْ قَتلَ سَيِّدَه) أو عبدَه غيرَ المرهونِ كما صرّحَ به الأصلُ لِما مَرَّ، وسَيأتي حُكمُ جِنايتِه على المرهونِ.

والتصريحُ بالجِنايةِ في طَرَفِ عبدِ سَيِّدِه من زيادَتِه (وإنْ جَنَى خَطأً على طَرَفِ مَنْ يرِثُه السَّيِّدُ) كأبيه (أو) طَرَفِ (مُكاتبه يثبُتُ المالُ، ولو ورِثَه السَّيِّدُ) في الأُولى [1] قبلَ الاستيفاءِ أو انتقلَ إليه في الثانيةِ كذلك من المكاتب بموتِه أو عَجْزِه، ولو قال: ولو انتقَلَ إلى السَّيِّدِ لَشَمَلهما (فيبيعُه) أي: العبد (فيها) أي: الجِنايةِ وفي نُسخَةٍ فيه أي: مالِها فعُلِمَ أنَّه لا يسقُطُ كما لو كان المجنيُّ عليه حَيًّا، وقيلَ يسقُطُ بمُجرَّدِ انتِقالِه إلحاقًا لِلاستِدامَةِ بالابتِداءِ في امتِناعِ ثُبوتِ دَيْنٍ لِلسَّيِّدِ على عبدِه، وصححه الرَّافعيُّ في الشرحِ الصَّغيرِ وما جَرَى عليه المصنفُ هو ما نَصَّ عليه في الأُمِّ وغيرِه [2] في المورِّثِ، وقيسَ به المكاتبُ. واقتضَى كلامُ الأصلِ ترجيحَه [3] لِنَقلِه له عن العِراقيِّينَ ونَقلِه لِلثَّاني عن تصحيحِ الصَّيدَلانيِّ والإمامِ خاصَّةً، وأجابَ الأولُ عن دَليلِ الثاني بأنَّه يحتمِلُ في الدَّوامِ ما لا يحتمِلُ في
١٧٥/٢ الابتِداءِ أمَّا إذا جَنَى عليه عَمدًا فيقتصُّ منه، فإنْ عَفا على / مالٍ ثَبَت كما يُؤخَذُ مِمَّا مَرَّ، وصرّحَ به الأصلُ هنا (وإنْ قَتله) أي: مُورِّثُ سَيِّدِه أو مُكاتبُه خَطأً أو عَمدًا (فعَفا السَّيِّدُ على مالٍ وجَبَ المالُ) بناءً على أنَّه يثبُتُ للمُورِّثِ ثُم يتلَقاه عنه الوارِثُ، ويُقاسُ بالمورِّثِ المكاتبُ، والجِنايةُ على عبدِ مَنْ يرِثُه السَّيِّدُ إذا مات المورِّثُ كالجِنايةِ على مَنْ يرِثُه السَّيِّدُ (وإنْ قَتلَ أحدُ عبدَيْه الآخَرَ، وهما مَرهونانِ من اثنَيْنِ فإنْ قَتله عَمدًا فلِلسَّيِّدِ القِصاصُ، ويبطُلُ الرَّهْنانِ) لِفواتِهما

---

(١) (قولُه: ولو ورِثَه السَّيِّدُ في الأُولى إلخ) مِثلُه ما لو ثَبَت له دَيْنٌ على غيرِه ثم مَلَكَه.

(٢) (قولُه: هو ما نَصَّ عليه في الأُمِّ وغيرِه) عِبارَتُه: لو جَنَى العبدُ المرهونُ على ابنِ الرَّاهنِ أو أخٍ أو مولًى جِنايةً تأتي على نفسِه والرَّاهنُ وارِثُ المجنيِّ عليه فلِلرَّاهنِ القودُ أو العفوُ على الدِّيةِ فإذا عَفا على الدِّيةِ بيعَ العبدُ وخَرَجَ عن الرَّهنِ.

(٣) (قولُه: واقتضَى كلامُ الأصلِ ترجيحَه) وقال الأذرَعيُّ إنَّه المذهَبُ وقال كان الأحسَنُ أنْ يُصَرِّحَ بأنَّه الأصحُّ فإنَّ الرَّافِعيَّ صحَّحَه في فصلِ تزويجِ العبدِ من النِّكاحِ.

(وإنْ عفا على مالٍ أو كانتْ) أي: الجنايةُ **(خطأً وجبَ المالُ)** **مُتعلِّقًا** برقَبةِ القاتِلِ لِحَقِّ مُرتهنِ القَتيلِ، لأنَّ السَّيِّدَ لو أتْلَف المرهونَ لِغُرمٍ لِحقِ المرتهنِ فتعلُّقُه بعبدِه أولى، وإنَّما وجَبَ المالُ فيما ذُكِرَ، وإنْ كان لا يثبُتُ لِلسَّيِّدِ على عبدِه مالٌ لأجْلِ تعلُّقِ حَقِّ الغيْرِ **(ولم يصِحَّ العفوُ عنه)** أي عن المالِ لِتعلُّقِ حَقِّ مُرتهنِ القَتيلِ به، وله العفوُ مُطْلَقًا، وبِلا مالٍ، ولا يجِبُ مالٌ كما مَرَّ نَظيرُه فإذا عَفا كذلك صَحَّ، وبَطَلَ رَهْنُ مُرتهنِ القَتيلِ، وبَقِيَ القاتِلُ رَهْنًا صرّحَ بذلك الأصلُ.

(فإنْ كان الواجِبُ) بالقَتْلِ **(أكثرَ من قيمَةِ القاتِلِ أو مِثلها بيعَ، وجُعِلَ ثَمَنُه)** ما لم يزِدْ على قيمَةِ القَتيلِ **(رَهْنًا)** عند مُرتهنِ القَتيلِ فإنْ زادَ جُعِلَ الزَّائِدُ رَهْنًا عند مُرتهنِ القاتِلِ، وظاهرٌ مِمَّا مَرَّ أنَّ القيمَةَ رَهْنٌ من حينِ القَتْلِ فقولُه كأصْلِه: وجُعِلَ ثَمَنُه رَهْنًا فيه تسَمُّحٌ سَلِمَ منه قولُ المنهاجِ: فيُباعُ، وثَمَنُه رَهْنٌ، وإنَّما لم يكن القاتِلُ نفسُه رَهْنًا؛ لأنَّ حَقَّ المرتهنِ في ماليَّتِه لا في عَيْنِه؛ ولأنَّه قد يرغَبُ راغِبٌ بزيادَةٍ يتوثَّقُ بها مُرتهنُ القاتِلِ **(أو)** كان الواجِبُ **(أقلَّ من قيمَةِ القاتِلِ بيعَ منه بقدرِ الواجِب، وبَقِيَ الباقي رَهْنًا، وإنْ)** الأولى قولُ أصلِه فإنْ **(تعذَّرَ بيعَ البعضِ أو نَقَصَه التشقيصُ بيعَ الكُلُّ، وجُعِلَ الزَّائِدُ)** على الواجِبِ **(عند مُرتهنِ القاتِلِ)** هذا إنْ طَلَبَ مُرتهنُ القَتيلِ البيعَ، والرَّاهنُ نَقْلَ القاتِلِ إليه، فإنْ عَكَسَ أُجيبَ الرَّاهنُ لأنَّه لا حَقَّ للمُرتهنِ في عَيْنِه ذَكَرَه الأصلُ [١]، وصرّحَ بأنَّه لو اتَّفقَ الرَّاهنُ، والمرتهنانِ على أحدِ الطَّريقَيْنِ فهو المسْلُوكُ قَطْعًا **(فإنِ اتَّفقَ الرَّاهنُ، ومُرتهنُ القَتيلِ على النَّقلِ)** للقاتِلِ أو لِبعضِه إلى المرتهنِ ليكونَ رَهْنًا **(فليس لِمُرتهنِ القاتِلِ مُنازَعَتُه)** فيه، وطَلَبُ البيعِ نَقَله الأصلُ عن الإمامِ ثُم قال، ومُقتضَى التعليلِ السَّابِقِ [٢] بتوقُّعِ راغِبٍ أنَّ له ذلك **(وإنْ كانا مَرهونَيْنِ بدَيْنٍ واحِدٍ لِواحِدٍ فلا كلامَ)** في أنَّ الوثيقَةَ نَقَصَتْ، ولا جابرَ كما لو مات أحدُهما، وقولُه لِواحِدٍ من زيادَتِه، وهو، وإنْ لم تكنْ له فائِدَةٌ فيما ذُكِرَ [٣] له فائِدَةٌ فيما ذَكَرَه بقولِه **(أو بدَيْنَيْنِ له)** أي: لِواحِدٍ، ووجَبَ المالُ مُتعلِّقًا برَقَبَةِ

---

(١) (قولُه: ذكرَه الأصلُ) وقد شَمَله كلامُ المُصَنِّفِ فيما يأتي في قولِه وحيثُ قُلنا بالنقلِ إلخ.

(٢) (قولُه: ثم قال ومُقتضَى التعليلِ السَّابقِ إلخ) قال السُّبكيُّ: هذا لا شَكَّ فيه.

(٣) (قولُه: وهو وإنْ لَمْ تكُنْ له فائِدَةٌ فيما ذُكِرَ) أي: فإنَّه لو رَهَنَهما عن شَريكينِ أو جَماعَةٍ بدَيْنٍ واحدٍ كان الحُكْمُ كذلك.

القاتِلِ ، (واختلَفا تأجيلا ، وحُلُولا أو) كان (أحدُهما أطولَ أجَلا) من الآخَرِ (فله) أي : للمُرتهنِ (التوثُّقُ لِدَيْنِ القَتيلِ بالقاتِلِ) ، لأنَّه إنْ كان الحالُّ دَيْنَ القَتيلِ فقد يُريدُ استيفاءً من ثَمَنِه في الحالِّ أو دَيْنِ القاتِلِ فقد يُريدُ التوثُّقَ به في المؤَجَّلِ ، ويُطالَبُ بالحالِّ ، وقيسَ به اختِلافُهما في قدرِ الأجَلِ ، ولفظة له ساقِطَةٌ من بعضِ النُّسَخِ لِفهمِها مِمَّا مَرَّ .

(وإن اتَّفقا) في الحُلُولِ ، والأجَلِ ، وقدرِه (واستوى الدّينانِ) الأولى ، واستويا أي في القدرِ (فإنْ كانتْ قيمَةُ القَتيلِ أكثَرَ) من قيمَةِ القاتِلِ أو مُساويةً لها كما صرّحَ به الأصلُ (فلا نَقلَ) للوثيقَةِ لِعَدَمِ الفائِدَةِ (وإنْ كانتْ قيمَةُ القاتِلِ أكثَرَ نَقَلَ منه قدرَ قيمَةِ القَتيلِ [(١)] إلى دَيْنِ القَتيلِ ، وبَقِي الباقي رَهْنًا) بحالِه (وإن اختلَف قدرُ الدّيْنَيْنِ ، وتساوتْ قيمَةُ العبدَيْنِ أو كان القَتيلُ أكثَرَ قيمَةً وكان المرهونُ) فيهما (بالأكثَرِ) من الدّيْنَيْنِ (هو القَتيلُ نُقِلَ) التوثُّقُ بالقاتِلِ ليصيرَ ثَمَنُه مَرهونًا بالأكثَرِ (أو) كان المرهونُ (بالأقَلِّ) هو القَتيلُ (فلا) نَقلَ لِعَدَمِ الفائِدَةِ ، لأنَّه لو نُقِلَ صارَ الثمَنُ مَرهونًا بالأقَلِّ (وإنْ كانتْ قيمَةُ القَتيلِ أقَلَّ ، وهو مَرهونٌ بأكثَرَ نُقِلَ) من القاتِلِ قدرُ قيمَةِ القَتيلِ إلى الدّيْنِ الآخَرِ (أو بأقَلَّ قال في الأصلِ : لا نَقلَ) لِعَدَمِ الفائِدَةِ (والحقُّ أنَّه يُنقَلُ إنْ كان) ثَمَّ (فائِدَةٌ كما إذا كانتْ قيمَةُ القَتيلِ مِائَةً ، وهو مَرهونٌ بعَشرَةٍ ، وقيمَةُ القاتِلِ مِائَتيْنِ ، وهو مَرهونٌ بعِشرينَ فيُنقَلُ منه قدرُ قيمَةِ القَتيلِ وهو مِائَةٌ) تصيرُ مَرهونَةً بعَشرَةٍ (ويَبقَى مِائَةٌ مَرهونَةٌ بالعِشرينَ) .

وإنْ لم تكنْ فائِدَةٌ [(٢)] كما إذا كان القاتِلُ في هذِه الصُّورَةِ مَرهونًا بمِائَتيْنِ فلا نَقلَ لأنَّــه إذا نَقَلَ بيعَ منه بمِائَةٍ ، وصارَتْ مَرهونَةً بعَشرَةٍ ، وتبَقَى مِائَةٌ مَرهونَةٌ بمِائَتيْنِ فمَحَلُّ عَدَمِ النَّقلِ فيما قاله الأصلُ في الأخيرَةِ إذا لم ينقُصْ دَيْنُ القاتِلِ عن قيمَتِه ،

---

(١) (قولُه : نَقَلَ منه قدرَ قيمَةِ القتيلِ) قال السُّبكيُّ : إنَّ الذي فهمته من كلامِهم أنَّ مَعنَى النقلِ إنشاءُ نَقلٍ بتراضيهما وليس هذا من نَقلِ الوثيقَةِ المُختلَفِ فيه ، لأنَّ ذاكَ مَعناه بَقاءُ العقدِ وتبَدُّلُ العينِ حتى لو أُريدَ فسخُ الأوَّلِ وجَعلُ الثاني هو الرَّهنُ جازَ ، وهذا الذي هنا مِثلُه ، لأنَّ المقصودَ فكُّ رَهنِ القتيلِ .

(٢) (قولُه : وإنْ لَم تكُنْ فائِدَةٌ إلخ) إذا كان بأحدِ الدَّيْنَيْنِ ضامِنٌ فطَلَبَ المُرتهنُ نَقلَ الوثيقَةِ من الدَّيْنِ الذي بالضَّامِنِ إلى الآخَرِ حتى يحْصُلَ التوثُّقُ فيهما أُجيبَ ، لأنَّه غَرَضٌ ظاهرٌ .

وبما تقرَّرَ عُلِمَ أنَّ العِبْرَةَ في النَّقلِ ، وعَدَمِه بغرضِ المرتهنِ (١) إذْ لولا حَقُّه لما تعلَّقَ الأرش برَقَبَةِ القاتِلِ (وحَيثُ قُلْنا بالنَّقلِ) للقاتِلِ أو بعضِه (فالمرادُ / به) أنَّه ١٧٦/٢ (يُباعُ ، ويبقَى ثمنُه لا رَقَبتُه مرهونًا) لِما مَرَّ (ولا أثرَ لاختِلافِ جِنْسِ الدَّيْنِ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ) إذا كانا بحَيْثُ لو قوِّمَ أحدُهما بالآخَرِ ساواه كما صرّحَ به في الرَّوضَةِ ، وصرّحَ أيضًا كالرَّافعيّ بأنَّه لا أثرَ لاختِلافِهما في الاستِقرارِ ، وعَدَمِه بأنْ كان أحدُهما عوض ما يُتوقَّعُ رَدُّه بعَيْبٍ أو صَداقٍ قبلَ الدُّخولِ (وحَيثُ قُلنا لا يُنقَلُ) القاتِلُ (فقال المرتهنُ : بيعوه) وضَعوا ثمَنَه مَكانه (فإنّي لا آمَنُ جِنايته) مَرَّةً أُخرَى فتُؤخَذُ رَقَبَتُه فيها ، ويبطُلُ الرَّهْنُ (فهل يُجابُ وجهانِ) قال الزَّركشيُّ : الظَّاهرُ ترجيحُ المنعِ (٢) كسائرِ ما يُتوقَّعُ من المفسِداتِ ثُمَّ نُقِلَ عن أبي خَلَفٍ الطَّبَريِّ ما حاصِلُه أنَّه المذهَبُ .

(فصْلٌ) (و) كما ينفكُّ الرَّهْنُ بفسخِ المرتهنِ ، وبتلَفِ المرهونِ بآفةٍ كما مَرَّ (ينفكُّ ببَراءَةِ الذِّمَّةِ) من الدَّيْنِ بأداءٍ أو إبْراءٍ أو حَوالَةٍ به أو عليه أو غيرِها (فإن اعتاضَ عن الدَّيْنِ عَيْنًا انفكَّ) الرَّهْنُ لِتحَوُّلِ الحقِّ من الذِّمَّةِ إلى العيْنِ (فإنْ تلِفتْ) أيِ العيْنُ (قبلَ القبضِ) لها (٣) (عادَ) المرهونُ (رَهْنًا) كما عادَ الدَّيْنُ لِبُطْلانِ الاعتياضِ قال ابنُ الرِّفْعَةِ : وهو ظاهرٌ إذا قُلْنا بارتِفاعِ العقدِ من أصلِه لا من حينِه ، وشاهدُه قولُ المتولِّي : إنَّ الغاصِبَ لو باعَ بالوكالَةِ ما غَصَبَه صَحَّ ، وبَرِئَ من الضَّمانِ ، فإنْ تلِفَ المبيعُ قبلَ قبضِه كان من ضَمانِه إنْ قُلْنا بارتِفاعِ العقدِ من أصلِه ، وإنْ قُلْنا من حينِه فلا ؛ لأنَّ الضَّمانَ فرعُ المِلْكِ ، والمِلْكُ تجَدُّدٌ . انتهَى .

ويُفرَّقُ بأنَّ الدَّيْنَ الذي هو سَبَبُ الرَّهْنِ عادَ فعادَ مُسَبَّبُه ، والغصْبُ الذي هو سَبَبُ الضَّمانِ لم يعُدْ فلم يعُدْ مُسَبَّبُه .

(ولا ينفكُّ شيءٌ منه) أي : من الرَّهْنِ (ما بَقِي من الدَّيْنِ شيءٌ) للإجماعِ كما قاله ابنُ المنذِرِ ، وكحَقِّ حَبْسِ المبيعِ ، وعِتْقِ المكاتب ؛ ولأنَّه وثيقَةٌ للكُلِّ ، ولِجُزْئِه كالشهادَةِ فلا ينفكُّ منه شيءٌ ما بَقِي من الدَّيْنِ شيءٌ (إلا إنْ تعَدَّدَ العقدُ)

---

(١) (قولُه : بغَرَضِ المرتهنِ) لا يبعُدُ أنْ يُعتبَرَ غَرَضُ الرَّاهنِ في بعضِ الصُّورِ كإشرافِه على الموت وطَلَبِ بَيْعِه وجَعلِ ثمَنِه رَهْنًا أو كان حَيوانًا فأرادَ نَقله إلى غيرِ الحيوانِ لِتسقُطَ عنه مُؤْنَتُه .

(٢) (قولُه : قال الزَّركَشيُّ : الظَّاهرُ ترجيحُ المنعِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : فإنْ تلِفتْ قبلَ القبضِ) لها أو رُدَّتْ بعَيْبٍ أو إقالةٍ أو نحوِها .

كأنْ رَهَنَ نِصفَ عبدٍ في صَفقَةٍ ، وباقيه في أُخرَى (١) . **(أو)** تعَدَّدَ **(مُستحِقُّ الدّينِ)** كأنْ رَهَنَ عبدًا من اثنَيْنِ بدَيْنَيْهما عليه صَفقَةً واحِدَةً ، وإن اتَّحَدَتْ جِهَةُ دَيْنَيْهما كبيعٍ ، وإتلافٍ ثُم بَرِئَ عن دَيْنِ أحدِهما ، وهذا يُشكِلُ بأنَّ ما أخَذَه أحدُهما (٢) من الدّينِ لا يختصُّ به بل هو مُشتركٌ بينهما فكيف تنفكُّ حِصَّتُه من الرَّهْنِ بأخذِه ، ويُجابُ بأنَّ ما هنا محَلُّه إذا لم تتَّحِدْ جِهَةُ دَيْنَيْهما أو إذا كانتِ البَراءَةُ بالإبْراءِ لا بالأخذِ **(أو)** تعَدَّدَ **(المديُونُ)** كأنْ رَهَنَ اثنانِ من واحِدٍ بدَيْنِه عليهما ثُم بَرِئَ أحدُهما عَمَّا عليه فينفكُّ الرَّهْنُ عنه **(ولو اتَّحدَ الوكيلُ)** أي : وكيلُهما قال في الأصلِ : قال الإمامُ : لأنَّ المدارَ على اتِّحادِ الدّينِ وتعَدُّدِه ومَتى تعَدَّدَ المستحِقُّ أو المستحَقُّ عليه تعَدَّدَ الدّينُ **(بخِلافِ البيعِ)** فإنَّ العِبْرَةَ فيه بتعَدُّدِ الوكيلِ ، واتِّحادِه لأنَّه عَقدُ ضَمانٍ فنُظِرَ فيه إلى المباشِرِ له بخِلافِ الرَّهْنِ **(فإذا استعارَ)** المديُونُ وإنْ تعَدَّدَ **(عبدًا أو عبدَيْنِ استوتْ قيمَتُهما من مالكيْنِ ليرهَنَه أو ليرهَنَهما)** من واحِدٍ أو أكثَرَ **(ففعل ثُم قَضَى النِّصفَ)** من الدّينِ **(قاصِدًا فكاك نِصفِه)** أي : العبدِ **(أو)** فكاك **(أحدِهما)** أي : العبدَيْنِ أو أطْلَقَ ثُم جَعله عن ذلك **(انفكَّ)** الرَّهْنُ عنه نظَرًا إلى تعَدُّدِ المالِكِ بخِلافِ ما إذا قَصَدَ الشُّيُوعَ أو أطْلَقَ ثُم جَعله عنهما أو لم يعرِفْ حاله (٣) .

وقَيَّدَ الزَّركشيُّ المسألَةَ أخذًا من كلامِ الشافعيِّ بأنْ يأذَنَ كُلٌّ منهما في رَهْنِ نَصيبه بنِصْفِ الدّينِ فيرهَنُ المستعيرُ الجميعَ بجَميعِ الدّينِ فلو قالا أعَرناك العبدَ لِترهَنَه بدَيْنِك فلا ينفكُّ نَصيبُ أحدِهما بما ذُكِرَ لأنَّ كُلاًّ منهما رَضِي برَهْنِ الجميعِ بجَميعِ الدّينِ ، وما قاله مُوافِقٌ لِقولِ المتولِّي ، وغيرِه لو رَهَنَ اثنانِ عبدَهما بدَيْنٍ لِرَجُلٍ على آخَرَ لا تنفكُّ حِصَّةُ أحدِهما بدَفعِ شيءٍ من الدّينِ ؛ لأنَّ نَصيبَ كُلٍّ منهما رَهْنٌ بجَميعِ الدّينِ لكنَّ الفرقَ بين رَهْنِ المالِكِ ، ورَهْنِ المستعيرِ لائحٌ ، وصِحَّةُ رَهْنِ الجميعِ

---

(١) (قولُه : كأنْ رَهَنَ نصف عبدٍ في صَفقَةٍ وباقِيه في أُخرَى) ثم بَرِئَ الرَّاهنُ عن أحدِ الدَّيْنَيْنِ بالأداءِ ونحوِه فينفكُّ الرَّهْنُ في النِّصفِ المتعلِّقِ به إذا كان الأداءُ أو الإبراءُ بقَصْدِ البراءَةِ عنه ، أمَّا إذا قَصَدَ الأداءَ على الشُّيوعِ فلا وإنْ أطْلَقَ فله صَرفُه إلى ما شاءَ .

(٢) (قولُه : وهذا يُشكِلُ بأنَّ ما أخَذَه أحدُهما إلخ) صورةُ المسألَةِ فيما إذا اختصَّ القابضُ بما أخَذَه بخلافِ الإرثِ ودَيْنِ الكِتابةِ كما سَيأتي في آخرِ كِتاب الشركَةِ .

(٣) (قولُه : أو لَم يُعرَف حاله) ولو مات الرَّاهنُ قبلَ أنْ يصْرِفه في هذه الصُّورَةِ وصورَةِ تعَدُّدِ العقدِ قامَ وارِثُه مَقامَه فإنْ فُقِدَ الوارِثُ جُعِلَ بينهما .

بجَميعِ الدّيْنِ على خِلافِ إذْنِ المالِكِ مَمْنوعَةٌ (١) ، وقولُ المصنفِ كأصْلِه ، واستوتْ قيمَتُهما مِثالٌ لا قَيْدٌ في المسألَةِ (، **وللمُرتهنِ الخيارُ في البيعِ المشروطِ فيه الرَّهْنُ إنْ جَهلَ**) أنَّ ذلك لِمالكيْنِ ، لأنَّ مُقتضَى الرَّهْنِ المطلَقِ أنْ لا ينفكَّ شيءٌ منه إلا بعدَ البَراءَةِ من الجميعِ (**ولو رَهَنَه عبدَيْنِ في صَفقَةٍ ، وسَلَّمَ أحدَهما**) له (**كان مَرهونًا بجَميعِ المالِ كما لو سَلَّمَهما ، وتلِف**) أحدُهما

(**فصْلٌ**) وفي نُسخَةٍ «فرعٌ» (**وإنْ فدَى أحدُ الوارثِينَ حِصَّته مِمَّا رَهَنَ**) أي مِمَّا رَهَنَه مُورِّثُه (**من زَيْدٍ**) بقَضاءِ نَصيبه من الدّيْنِ (**لم ينفكَّ**) نَصيبُه من المرهونِ كما في المورِّثِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ صَدرَ ابتِداءً من واحِدٍ ، وقَضيَّتُه : / حَبْسُ كُلِّ ١٧٧/٢
المرهونِ إلى البَراءَةِ من كُلِّ الدّيْنِ (**أو**) فدَى (**حِصَّته من التركةِ**) بقَضاءِ نَصيبه من الدّيْنِ المتعَلِّقِ بها (**انفكَّ**) نَصيبُه منها كما نَقَله الأصلُ عن الإمامِ بناءً على الأصَحِّ من أنَّه لو أقَرَّ بدَيْنٍ على مُورِّثِه ، وأنكرَه الباقونَ لا يُلزَمُ بأداءِ كُلِّ الدّيْنِ من نَصيبه بل يقتصِرُ على وفاءِ حِصَّتِه من الدّيْنِ ، وأيضًا ، فإنْ تعَلَّقَ الدّيْنُ بالتركةِ أمَّا كتعَلُّقِ الرَّهْنِ فهو كما لو تعَدَّدَ الرَّاهنُ أو كتعَلُّقِ الأرشِ بالجاني فهو كما لو جَنَى العبدُ المشترَكُ فأدَّى أحدُ الشريكيْنِ نَصيبَه ينقَطِعُ التعَلُّقُ عنه قال في الأصلِ : وإنَّما يظْهَرُ انفِكاكُ نَصيبه إذا كان ابتِداءُ التعَلُّقِ مع ابتِداءِ تعَلُّقِ الملاكِ أمَّا إذا كان الموتُ مَسْبوقًا بالمرَضِ فيكونُ التعَلُّقُ سابقًا على مِلْكِ الورثَةِ فإنَّ لِلدَّيْنِ أثرًا بَيِّنًا في الحجْرِ على المريضِ فيُشبه أنْ يكونَ كما لو رَهَنَه المورِّثُ زادَ النَّوويُّ هذا خِلافُ مُقتضَى إطلاقِ الإمامِ والغزاليِّ ، والظَّاهرُ أنَّ المسألَةَ على إطلاقِها ، فإنَّه ليس لِلرَّهْنِ وُجودٌ فيما إذا لم يرهَنِ التركَةَ ، ولكنَّه مات عن دَيْنٍ وللقونَويِّ اعتِراضٌ على النَّوويِّ (٢)

---

(١) (قولُه : وصِحَّةُ رَهْنِ الجميعِ بجَميعِ الدَّيْنِ على خلافِ إذْنِ المالِكِ مَمنوعَةٌ) المُعتمَدُ إطلاقُ الأصحاب من انفِكاكِ نَصيب أحدِهما فيما إذا قالا أعَرناك العبدَ لِترهَنَه بدَيْنِك أو رَهَنَّاه به إذ العقدُ يتعَدَّدُ بتعَدُّدِ الرَّاهنِ وبتعَدُّدِ مالِكِ العاريَّةِ .

(٢) (قولُه : وللقونَويِّ اعتراضٌ على النوويِّ) قال ابنُ العِمادِ : وما ذكرَه النوويُّ دَقيقٌ وتقريرُه من وجهَيْنِ أحدُهما أنَّه في الصُّورَةِ الأُولى قد وجَّهَ التعليقَ دَفعَةً واحدَةً من مالِكٍ واحدٍ فلَم ينفكَّ بأداءِ البعضِ بخلافِ الثانيةِ فإنَّه مُتعَدِّدٌ ولأنَّ الورثَةَ أنصِباؤُهم مُتعَدِّدَةٌ فنَصيبُ كُلٍّ منهم كمالِكٍ فله شَبهٌ بما إذا رَهَنا عبدَهما وأدَّى أحدُهما نَصيبَه وأولى ، لأنَّ تعَلُّقَ الرَّهْنِ هاهنا بغيرِ اختيارِه وقد ذكروا في الزَّكاةِ أنَّا إذا قُلنا بتعَلُّقِها بالذِّمَّةِ وأنَّها تتعَلَّقُ بالمالِ تعَلُّقَ رَهْنٍ فباعَ المالِكُ النِّصابَ قبلَ إخراجِها صَحَّ على الأصَحِّ ، لأنَّ التعَلُّقَ بغيرِ اختيارِه والثاني أنَّ تعَلُّقَ ....=

ذَكرته مع جوابه في شرحِ البَهْجَةِ [١] .

(فرعٌ) لو مات المرتهنُ عن ابنَيْنِ فوفَّى الرَّاهنُ لأحدِهما نِصْفَ الدَّيْنِ قال ابنُ الرِّفْعَةِ : يظْهَرُ أنَّه ينفكُّ نَصيبُه ، وأطالَ في بَيانِه ، ونازَعَه السُّبْكيُّ ، وأطالَ في الرَّدِّ ثُم ذَكرَ ما حاصِلُه أنَّه لا ينفكُّ نَصيبُه كما لو وفَّى مُورِّثُه بعضَ دَيْنِه ، وما قاله أوجَه وأوفقُ [٢] بما مَرَّ فيما إذا مات الرَّاهنُ عن ابنَيْنِ

(فإنْ أرادَ الرَّاهنانِ) المالكانِ للمَرهونِ (أو مَن انفكَّ نصيبُه) منهما (قِسمَةَ مُستوِي الأجْزاءِ) كالمكيلِ ، والموزونِ (جازَ) تعاطيها (وتعَيَّنَتِ الإجابَةُ) لِطالِبِها (على الشريكِ) الآخَرِ (وإنْ لم ينقَسِم) ما رَهَنَ (بالأجزاءِ كالثِّياب) ، والعبيدِ المختلِفةِ نَوعًا ، وقيمَةً كما لو رَهَنا عبدَيْنِ مُشترَكيْنِ ، وانفكَّ الرَّهْنُ عن نِصْفِ كُلٍّ منهما فأرادَ مَن انفكَّ نَصيبُه أنْ ينفرِدَ بعبدٍ ، وينحَصِرَ الرَّهْنُ في عبدٍ (لم تلْزَم الإجابَةُ ، وإنْ كان أرضًا مُختلِفةَ الأجْزاءِ) كالدّارِ ، وطَلَبَ مَن انفكَّ نَصيبُه القِسمَةَ (لَزِمَ الشريك الإجابَةُ) بناءً على الإجبارِ في قِسمَةِ التعديلِ (وللمُرتهِنِ الامتِناعُ لِضَرَرِ التشقيصِ) [٣] بالقِسمَةِ حتّى لو رَهَنَ واحِدٌ من اثنَيْنِ ، وقَضَى نَصيبَ أحدِهما ثُم أرادَ القِسمَةَ ليمتازَ ما بَقِي فيه الرَّهْنُ اشترِطَ رِضا الآخَرِ (فإنْ قاسَمَ المرتهنُ) ، وكان (بإذْنِ المالِكِ أو بإذْنِ الحاكِمِ عند امتِناعِ المالِكِ جازَ) ، وإلا فلا .

= الرَّهْنِ في الصُورَةِ الأُولى قد سَبَقَ على انتقالِ التركَةِ إلى الوارِثِ وفي الصُورَةِ الثانيةِ لَم يتقَدَّم تعَلُّقُ الرَّهْنِ على مِلكِهِم بل حَصَلَ مِلكُهم والرَّهْنُ دَفْعَةً واحدَةً .

(١) (قولُه : ذكرته مع جَوابه في شرحِ البهجة) عِبارَتُه : قال القونَويُّ : ولِقائِلٍ أنْ يقولَ : إنْ عَنَيْت بالرَّهْنِ الذي نَفَيْت وُجودَه رَهْنَ الميِّت فلَم يدَّعِ الرَّافِعِيُّ وُجودَه وإنْ عَنَيْت به ما هو أعَمُّ من ذلك فله أنْ يمنَعَ انتفاءَه لِما ذكرَه من ثُبوت الحجْرِ على المريضِ . ا هـ . ولِلنَّوويِّ أنْ يختارَ الثاني ، ويقولَ : حَجْرُ المرَضِ ليس كَحَجْرِ الرَّهْنِ بدَليلِ صِحَّةِ تصَرُّفِ المريضِ في تركَته في الجُملَةِ بخلافِ الرَّاهنِ بالنِّسبةِ لِلمَرهونِ ا هـ عِبارَةُ الشارِحِ : الذي ينبَغي أنْ يُقال في ذلك : إنَّ كونَ الدَّيْنِ يقتضي الحجْرَ على المريضِ إنَّما هو في التبرُّعات لا في مُطْلَقِ التصَرُّفات ، ولهذا يجوزُ لِلمَريضِ توفيةُ بعضِ الدُّيونِ وإنْ أدَّى إلى حِرمانِ الباقِينَ وسَيأتي بَسطُ ذلك في الوصيَّةِ ع سَبَقَه إليها في المهِمَّات .

(٢) (قولُه : وما قاله أوجَه وأوفقُ إلخ) بل هو الأصحُّ .

(٣) (قولُه : ولِلمُرتهِنِ الامتناعُ لِضَرَرِ التشقِيصِ) فإنْ رَضِي بها صحَّتْ .

(الباب الرَّابعُ)

(في الاختِلافِ) بين المتعاقِدَين

(وإن اختلَفا في الرَّهْنِ (١) أكان) أي : أُوجِدَ (أم لا أم) يعني أو هو (هذا العبدُ أم الثّوبُ أو الأرضُ بالأشجارِ أو دونها أو بألفٍ أو ألفين) ولا بَيِّنَةَ (صُدِّقَ المالِكُ بيمينِه) (٢) لأنَّ الأصلَ عَدَمُ رَهْنِ ما ادَّعاه المرتهنُ (فإنْ قال) المالِكُ (لم تكن الأشجارُ مَوجودَةً عند العقدِ) بل أحدَثْتُها (فإنْ لم يتصَوَّر حُدوثُها) بعدَه (فهو كاذِبٌ وطولِبَ بجواب الدّعوى ، فإنْ أصرّ على إنكارِ الوُجودِ) لها عند العقدِ (جُعِلَ ناكِلا ، وحَلَف المرتهنُ وإنْ لم يُصِرَّ) عليه (واعترَف بوُجودِها ، وأنكرَ رَهْنَها قَبِلْنا منه) إنكارَه لِجوازِ صِدقِه في نفيِ الرَّهْنِ (وإنْ كان قد بانَ كذِبُه في) الدّعوى (الأُولى) ، وهي نفيُ الوُجودِ أمَّا إذا تصَوَّرَ حُدوثُها بعدَ العقدِ فإنْ لم يُمكِنْ وُجودُها عنده صُدِّقَ بلا يمينٍ (وإنْ أمكنَ وُجودُها ، وعَدَمُه) عنده (فالقولُ قولُه) بيمينِه لِما مَرَّ (فإنْ حلَف ، فهي كالأشجارِ الحادِثَةِ بعدَ الرَّهْنِ في القَلْعِ ، وسائِرِ الأحكامِ) ، وقد مَرَّ بيانُها هذا إن كان رَهْنَ تبرُّعٍ / (فإن اختلَفا ١٧٨/٢
في رَهْنٍ مَشروطٍ في بيعٍ) بأن اختلَفا في اشتِراطِه فيه أو اتَّفقا عليه ، واختلَفا في شيءٍ مِمَّا مَرَّ (تحالَفَا كما سَبَقَ) بَيانُه في اختِلافِ المتبايِعَينِ نَعَم إن اتَّفقا على اشتِراطِه فيه ، واختلَفا في أصلِه فلا تحالُف ، لأنَّهما لم يختلِفا في كيفيَّةِ البيعِ بل يُصَدَّقُ المالِكُ ، وللمُرتهِنِ الفسخُ إنْ لم يرهَن .

---

(١) (قولُه : وإنِ اختلَفا في الرَّهْنِ إلخ) دَخَلَ في اختلافِهما في قدرِ المرهونِ ما لو قال : رَهَنْتني العبدَ على مِائَةٍ فقال الرَّاهنُ : رَهَنْتُك نصفه على خَمسينَ ونصفه على خَمسينَ وأحضَرَ له خَمسينَ ليفُكَّ نصف العبدِ وهل القولُ قولُ الرَّاهنِ أو المُرتهنِ أو يتحالَفانِ فيه نَظَرٌ والثالِثُ بَعيدٌ . ا هـ . والرَّاجِحُ الأوَّلُ ودَخَلَ في اختلافِهما أيضًا ما إذا كان قبلَ قبضِ المرهونِ لاحتمالِ أنْ ينكُلَ الرَّاهنُ فيحلِفُ المُرتهنُ ويقبضُه الرَّاهنُ بعدَ ذلك .

(٢) (قولُه : صُدِّقَ المالِكُ بيمينِه) وإذا حَلَفَ والاختلافُ في عَيْنِ المرهونِ خَرَجَ الثوبُ عن الرَّهْنِ بحَلِفِه والعبدُ بردِّ المُرتهنِ وكذا لو اختلَفا في صِفةِ المرهونِ به فقال المُرتهنُ : رَهَنْتني بالألفِ الحالِّ ، وقال الرَّاهنُ : بل بالألفِ المُؤَجَّلِ وكذا في جِنْسِه كما لو قال : رَهَنْته بالدَّنانيرِ وقال بل بالدَّراهمِ قولُه : تحالَفا) كما سَبَقَ ويبدَأُ بالبائِعِ وهو المُرتهنُ .

(فصـــلٌ) (وإن ادَّعَى) على اثنَيْنِ (أنَّهما رَهَناه عبدَهما) بمِائَةٍ مثلا (وأقبَضاه) إيَّاه (فصَدَّقَه أحدُهما) فنَصيبُه رَهْنٌ بخَمسينَ ، والقولُ قولُ المكذِّب في نَصيبه بيمينِه (و) لو (شَهدَ) المصَدِّقُ (على) شريكِه (الآخَرِ) المكذِّب (قَبلَ) في شَهادَتِه لِخُلُوِّها عن جَلْب نفع ودَفعِ ضَرَرٍ ، فإنْ شَهدَ معه آخَرُ أو حَلَف المدَّعي ثبَت رَهْنُ الجميعِ (وكذا لو كذَّبه كُلٌّ) منهما (في حقِّه) بأنْ زَعَمَ أنَّه ما رَهَنَ نَصيبَه، وأنَّ شريكَه رَهَنَ ، أو سَكت عن شريكِه (وشَهدَ على الآخَرِ أيضًا) قُبلَتْ شَهادَتُه فرُبَّما نَسيا ، وإنْ تعمَّدا ، فالكِذْبَةُ الواحِدَةُ [1] لا توجِبُ الفِسقَ ، ولهذا لو تخاصَمَ اثنانِ في شيءٍ ثُم شَهدا في حادِثَةٍ قُبلَتْ شَهادَتُهما ، وإنْ كان أحدُهما كاذِبًا في التخاصُمِ (فيحلِفُ مع شاهدِه) أو يُقيمُ معه شاهدًا آخَرَ فيثْبُتُ رَهْنُ الجميعِ ، ولا يخفى الحُكمُ فيما إذا صَدَّقاه أو كذَّباه مُطلَقًا قال الإسنَويُّ : وما ذُكِرَ من أنَّ الكِذْبَةَ الواحِدَةَ غيرُ مُفسِّقَةٍ محَلُّه عند عَدَمِ انضِمامِ غيرِها إليها أمَّا هنا فبتقديرِ تعَمُّدِه يكونُ جاحِدًا لِحَقٍّ واجِبٍ عليه فيفسُقُ بذلك ، ورُدَّ بأنَّ شرطَ كونِ الجحدِ [2] مُفسِّقًا أنْ تفوت الماليَّةُ على الغيرِ ، وهنا لم يفُتْ إلا حَقُّ الوثيقَةِ قال البُلْقينيُّ ، ومحَلُّ ذلك إذا لم يُصَرِّح [3] المدَّعي بظُلْمِهما بالإنكارِ بلا تأويلٍ ، وإلا فلا تُقبَلُ شَهادَتُهما ؛ لأنَّه ظَهَرَ منه ما يقتضي تفسيقَهما انتهى ، ولَك أنْ تمنَعَ أنَّه بذلك ظَهَرَ منه هذا إذ ليس كُلُّ ظُلْمٍ خالٍ عن تأويلٍ مُفسِّقًا بدَليلِ الغيبَةِ .

(فـرعٌ : وإن ادَّعَيا) على واحِدٍ (أنَّـه رَهَنَهما عبـدَه ، وأقبَضَهمـا) إيَّاه (وصَدَّقَ أحدُهما) فنِصفُ العبدِ مَرهونٌ عند المصَدِّقِ ، ويحلِفُ لـلآخَرِ ، و (قُبلَتْ شَهادَةُ المصَدِّقِ للمُكذِّب)برَهْنِ النِّصْفِ لِما مَرَّ هذا (إنْ لم يكنْ شريكَه فيه) [4] أي فيما ادَّعاه فإنْ كان شريكَه فيه كأنْ قالا رَهَنْتَه من مُورِّثِنا [5] أو مِنَّا صَفقَةً واحِدَةً لم تُقبل شَهادَتُه له لِلتُّهْمَةِ في دَفعِ مُزاحَمَةِ الشريكِ عن نفسِه فيما سَلَّمَ له

---

(١) (قولُه : فالكِذْبةُ الواحِدَةُ إلخ) أي : التي لا حَدَّ فيها ولا ضَرَرَ .

(٢) (قولُه : ورُدَّ بأنَّ شرطَ كونِ الجحْدِ إلخ) وبأنَّه لا يلزَمُ من جُحودِه الحقَّ كونُه مُتعَمِّدًا فيحتمِلُ أنَّه عَرَضَتْ له شُبهَةٌ أو نِسيانٌ حَمَله على الإنكارِ .

(٣) (قولُه : قال البُلقينيُّ ومحَلُّه إذا لَم يُصَرِّحْ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : إنْ لَم يكُنْ شَريكَه فيه) كأنْ كان دَيْنَ قَرضٍ أو مُعامَلَةٍ أو إتلافٍ ، لأنَّ الذي ثَبَت له بتصديقِه يُسَلَّمُ له فلَم يكُن مُتَّهَمًا .

(٥) (قولُه : كأنْ قالا رَهَنْته من مورِّثِنا) أو اشترَيْناه مَعًا .

ولا يخفى الحُكمُ فيما إذا صَدَّقهما أو كذَّبهما .

(فصلٌ) (وإن ادَّعى اثنانِ أنَّ الشريكينِ) فيما يصِحُّ رَهنُه كعبدٍ (رَهَناهما عبدًا) مُشتركًا بينهما بمائةٍ مثلا (وأقبَضاهما إيَّاه وصَدَّقَ كُلٌّ منهما واحِدًا) من المدَّعيينِ فنِصفُ العبدِ مَرهونٌ عند كُلٍّ منهما رُبعُه برُبعِ المائةِ إذ كُلٌّ منهما يدَّعي على الاثنَينِ نِصفه ، ولم يُصَدِّقه إلا أحدُهما ، و (قُبِلَتْ شَهادَةُ أحدِ الشريكينِ على صاحِبه) إذ لا مانِعَ (وكذا شَهادَةُ أحدِ المدَّعيينِ للآخرِ حَيثُ لا شرِكةَ) كما مَرَّ قبلَ الفصلِ ، ولو صَدَّقا أحدَهما ثبَت ما ادَّعاه ، وكان له على كُلٍّ منهما رُبعُ المائةِ ، ونِصفُ نَصيب كُلٍّ منهما مَرهونٌ به صرَّحَ به الأصلُ ، ولا يخفى الحُكمُ فيما لو صَدَّقاهما أو كذَّباهما .

(فإن ادَّعى كُلٌّ منهما أنَّ زَيْدًا رَهَنَه عبدَه وأقبَضَه) إيَّاه (فصَدَّقَ أحدُهما قَضَى له) بالرَّهنِ (ويحلِفُ) زَيْدٌ (للمُكذِّب) [١] ، لأنَّه عند إرادةِ تحليفِه قد يُقِرُّ أو ينكُلُ ، فيحلِفُ المكذِّبُ ، فيغرَمُ له القيمَةَ لِتكونَ رَهْنًا عنده ، وإن كذَّبَهما فالقولُ قولُه ، ويحلِفُ لِكُلٍّ منهما يمينًا كما صرَّحَ به الأصلُ ، وما قاله المصنفُ من التحليفِ خِلافُ ما رَجَّحَه في أصلِ الرَّوضَةِ عَدَلَ عنه إلى ذلك لِقولِ الإسنَوِيِّ : إنَّ ما فيها هنا سَهوٌ أو غَلَطٌ ، فإنَّ الصَّحيحَ المذْكُورَ في الإقرارِ ، والدّعاوى أنَّه يحلِفُ ، وعَلَّله بما مَرَّ ، قال : وسَبَبُ ذُهولِه أنَّ الرَّافعيَّ قال فيه قولانِ أصَحُّهما لا يحلِفُ قاله البَغَوِيّ ، فأطْلَقَ النَّوويُّ التصحيحَ من غيرِ بَحثٍ وإمعانٍ ، ولمَّا نَقَلَ الرَّافعيُّ كلامَ البَغَوِيّ عَقَّبَه بما يُرشِدُ إلى أنَّ الصَّحيحَ خِلافُه حَيثُ بَناه على أنَّ مَن أقرَّ لِزَيْدٍ بما أقَرَّ به لِعَمرٍو هل يغرَمُ [٢] قال الأذْرَعِيُّ : وما صححه البَغَوِيّ هو الصَّحيحُ في البَحرِ والكافي ، والمنصوصُ في المختصَرِ والبويطيّ قالُوا : لأنَّه لو رجع عن إقرارِه لم يُفِدْ فلم يكنْ لِوُجوب اليمينِ عليه وجهٌ لكنَّ المختارَ دَليلا التحليفُ انتهى ، والمعتمَدُ ما رَجَّحَه في أصلِ الرَّوضَةِ ، ويُفارِقُ ما في الإقرارِ ، والدّعاوى بأنَّه لو لـم يحلِفْ فيهما لَبَطَلَ

---

(١) (قولُه : ويحْلِفُ لِلمُكذِّب) أشارَ إلى تصحيحِهِ ، وكَتَبَ عليه شيخُنا ظاهِرُ تصحيحِ الوالِدِ على المتْنِ اعتِمادُه ومُخالَفةُ الشارِحِ لِما اعتمَدَه .

(٢) (قولُه : هل يغرَمُ انتهى) صحَّح البَغَوِيّ أنّه لا يغرَمُ فلِذلك صحَّحَ عَدَمَ التحليفِ هنا وصحَّحَ في نَظِيرِ مَسألَتِنا فيما إذا أقرَّتْ بالنِّكاحِ لِزَيْدٍ ثم أقرَّتْ به لِعَمرٍو أنَّها لا تغرَمُ فمَشَى على طَرِيقَةٍ واحدَةٍ .

الحقُّ أصلا بخلافِ ما هنا ، لأنَّ له مَرَدًّا ، وهو الذِّمَّةُ ، ولم يفُتْ إلا التوثُّقُ نَبَّهَ عليه ابنُ العِمادِ (١) (وإنْ صَدَّقَهما ، ولكنْ قال) في جواب دَعوى كُلٍّ منهما السَّبْقَ ، وإنَّ الرَّاهنَ عالِمٌ به (أحدُهما سَبَقَ) الآخَرَ ، وفي نُسْخَةٍ أسبَقُ (قبَضا ، وعَيْنَه قَضَى له ، وإنْ كان) العبدُ (في يدِ الآخَرِ) ، لأنَّ اليدَ لا دَلالَةَ لها على الرَّهْنِ بدَليلِ أنَّه لا تجوزُ / الشهادَةُ بها عليه (ويحلِفُ للآخَرِ) لِما مَرَّ ، وهذا على قياسِ ما مَرَّ له ، وأمَّا على ما مَرَّ عن الرَّوضَةِ فلا يحلِفُ له كما اقتضاه كلامُها ، وقولُه ، وعينه من زيادَتِه . ١٧٩/٢

(ولو قال) ، ولم يدَّعيا سَبْقًا أو ادَّعاه كُلٌّ منهما (نسيت السَّابقَ أو رَهَنت من أحدِهما ، ونَسيت فصَدَّقاه أوكذَّباه فحَلَف لهما أنَّه لا يعلمُ) السَّابقَ أو الآخِذَ تداعَيا فإنْ حَلَفا أو نكلا (بَطَلَ الرَّهْنُ) إلا إنْ قال عَرَفت السَّابقَ ، ونَسيته فيتوقَّفُ إلى البَيانِ كما لو زَوَّجَ وليَّانِ ، ولم يُعرف السَّابقُ ، وإنْ حَلَف أحدُهما قُضِيَ له ، والتصريحُ بالبُطْلانِ فيما لو حَلَف على نفيِ العِلْمِ بتقديرِ تكْذيبِهما له من زيادَتِه مع ما في عِبارَتِه من الإجحافِ كما عُلِمَ (وإنْ رَدَّ) اليمينَ (عليهما فنَكلا أو حَلَفا حُكِمَ ببُطْلانِه أيضًا ، وإنْ حَلَف أحدُهما) فقط (قَضَى له ، وإن اعترَف لِهذا بسَبْقِ العقدِ ، ولِهذا بسَبْقِ القبضِ قُضِيَ لِلثَّاني) (٢) ، لأنَّ الرَّهْنَ إنَّما يلزَمُ بالقبضِ كما مَرَّ ، وهذا يُغْني عنه قولُه فيما مَرَّ ، ولكن (٣) قال : أحدُهما . سَبَقَ قَبَضا ، وعَيْنَه قَضَى له .

(فرعٌ) لو أرسَلَ رَسولا بمَتاعٍ ليقترِضَ له من رَجُلٍ شَيْئًا ، ويرهَنَ به المتاعَ ففعل ثُم (اختلَفا فقال) المقرِضُ (اقترَضَ لَك رَسولُك مِنِّي مِائَةً في الرَّهْنِ فقالا) أي : المرسِلُ ، والرَّسولُ (جَميعًا بل خَمسينَ) بأنْ قال المرسِلُ : لم آذَنْ إلا فيها ، وصَدَّقَه الرَّسولُ على ذلك (حَلَّفهما) على نفيِ دَعواه ، لأنَّ المرسِلَ مُدَّعًى عليه

---

(١) (قولُه : نَبَّهَ عليه ابنُ العِمادِ) أي : والزَّرْكَشِيُّ .

(٢) (قولُه : ولِهذا بسَبقِ القبضِ قَضَى لِلثَّاني) قال شيخُنا : لا يُقالُ : كيف هذا مع أنَّ رَهْنَ المرهونِ قبلَ أنْ يقبضَ الأوَّلُ رُجوعٌ عنه فلا حاجةَ إلى ذكرِ القبضِ في الثاني ، لأنَّا نَقولُ يجوزُ كونُه مُفرَّعًا على ظاهرِ كلامِ الشيخَيْنِ السَّابقِ أنَّه لا بُدَّ من تقييدِ الرَّهْنِ والهبةِ بالقبضِ .

(٣) (قولُه : وهذا يُغْني عنه قولُه فيما مَرَّ ولكنْ إلخ) صَرَّحَ لِئَلاَّ يُتوهَّمَ أنَّ صورَةَ ما تقَدَّمَ فيما إذا سَبَقَ رَهْنًا أيضًا .

بالإذنِ والرَّسولَ بالأخذِ (فإن اعترَف الرَّسولُ بالمِائةِ ، وادَّعى تسليمَها إلى المرسِلِ، فالقولُ في نفيِ الزِّيادةِ قولُ المرسِلِ ، ويلزَمُ الرَّسولَ الغُرمُ) أي : غُرمُ الزِّيادةِ للمُقرِضِ (إلا إنْ صَدَّقه المقرِضُ في الدفعِ إليه) أي إلى المرسِلِ فلا يلزَمُه الغُرمُ فلا يرجِعُ عليه المقرِضُ ؛ لأنَّه مَظلُومٌ بزَعمِه قال الرَّافعيُّ ، وتبعَه النَّوويُّ كذا ذَكروه ، وفيه إشكالٌ لأنَّ الرَّسولَ [١] وكيلُ المرسِلِ ، وبقبضِه يحصُلُ المِلْكُ للمُوكِّلِ حتّى يغرَمَ له إنْ تعدَّى فيه ، ويُسلِّمُه إليه إنْ كان باقيًا ، وحينَئِذٍ فالرُّجوعُ إنْ كان لِتعَلُّقِ العُهدَةِ [٢] بالوكيلِ فليرجع مُطلَقًا أو ، لأنَّ للمُقرِضِ أخذَ عَينِ القَرضِ ، فهذا استِردادٌ لا تغريمٌ مُطلَقٌ أو لِغيرِ ذلك فلم يرجِع إذا لم يُصَدِّقه ، ولم يُوجَدْ منه تعَدٍّ قال الزَّركشيُّ : قولُه : كذا ذَكروه يقتضي أنَّه المنقولُ ، وليس كذلك ، وإنَّما هو احتِمالٌ لابنِ الصَّبَّاغِ قَطَعَ به المتولِّي [٣] على عادَتِه في جَعلِه احتِمالاتِ ابنِ الصَّبَّاغِ المذهَبَ ، والذي نَقَله ابنُ الصَّبَّاغِ ، وأطلَقَه العِراقيُّونَ ، وجَماعَةٌ من المراوِزَةِ مُوافِقٌ لِبَحثِ الرَّافعيِّ من أنَّه يرجِعُ على الرَّسولِ ، وإنْ صَدَّقَه في الدَّفعِ ، وهو ظاهرُ نَصِّ الأُمِّ [٤] . انتهى ، ويُمكِنُ أنْ يُقرِّرَ به كلامَ المصنفِ بأنْ يحمِلَ اللُّزومَ فيه على اللُّزومِ المستقِرِّ .

---

(١) (قولُه : وفيه إشكالٌ لأنَّ الرَّسولَ إلخ) يُجابُ عنه بأنَّ الرُّجوعَ عليه إنَّما هو لِتعَلُّقِ العُهدَةِ به ولكنْ يمنَعُ منه زَعمُ المُقرِضِ أنَّه مَظلومٌ فلا يرجِعُ إلا على ظالِمِه .

(٢) (قولُه : فالرُّجوعُ إنْ كان لِتعَلُّقِ العُهدَةِ إلخ) رُجوعُ المُرسَلِ إليه على الرَّسولِ عندَ تكذيبِه في الدَّفعِ ليس لأجلِ توجُّه العُهدَةِ على الوكيلِ ولا لأجلِ أنَّ لِلمُقرِضِ أن يرجِعَ في عَينِ ما أقرَضَه بل لأنَّ الشارِعَ صَدَّقَ المُرسِلَ في أنَّه لَم يأذَنْ إلا في خَمسينَ ولَم يقبض زائِدًا عليها ولَم يُصَدِّق الرَّسولَ في الدَّفعِ إلى المُرسِلِ ولا بالنِّسبةِ إلى المُرسَلِ إليه وآثَرَ ذلك الحُكمَ بأنَّها في يدِ الرَّسولِ وعَدَمُ انتقالِها إلى مِلكِ المُرسِلِ ودُخولُها في ضَمانِ الرَّسولِ لأجلِ تعَدِّيه بإمساكِها بعدَ دَعوى الدَّفعِ إلى المُرسِلِ ، ولأنَّ إنكارَ الموكِّلِ الوكالَةَ عَزلٌ فيصيرُ المالُ في يدِه أمانَةً شرعيَّةً يدخُلُ في ضَمانِه بعدَ التمَكُّنِ من الرَّدِّ وحينَئِذٍ إنْ كانت باقِيةً في يدِ الرَّسولِ فالمُرسَلُ إليه مُعترِفٌ بالمِلكِ فيها لِلمُرسِلِ فله أخذُها وتمَلُّكُها بطَريقِ الظَّفرِ بمالِ مَنْ له عليه مالٌ وهو من جِنسِه ، وإنْ كانت تالِفةً فله مُطالَبةُ الرَّسولِ بها ؛ لأنَّه غَريمٌ لِلمُرسِلِ والمُرسَلِ إليه غَريمُ الغريمِ ولا يقدَحُ في ذلك إنكارُ المُرسِلِ المِلكَ بل هو مُؤكِّدٌ له كما ستعرِفُه في باب الوكالَةِ عندَ الكلامِ فيما إذا قال الموكِّلُ : أذنت لَكَ في البيعِ بثَمَنٍ حالٍّ وقال الوكيلُ : بل بمُؤَجَّلٍ .

(٣) (قولُه : قَطَعَ به المتولِّي إلخ) ونَقَله الرُّويانيُّ عن بعضِ الأصحابِ وقال : إنَّه صحيحٌ .

(٤) (قولُه : وهو ظاهرُ نَصِّ الأُمِّ) وقال في الأنوارِ : إنَّه الصَّحيحُ .

(فرعٌ) لو **(ادَّعَى المرتهنُ القبضَ بـالإذنِ)** (١) من الرَّاهنِ **(فأنكرَ الرَّاهنُ وقال)** بل **(غَصَبْتـه ، فالقولُ قولُ الـرَّاهنِ)** بيمينِـه ، وإنْ كان المرهونُ بيـدِ المرتهنِ ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ اللُّزومِ ، والإذنِ (وكذا) يُقبَلُ قولُه بيمينِه **(لو قال أعَرتُك أو آجَرتُك)** أو آجَرته من فُلانٍ فأجَرُه منك أو نَحوُها لِذلك ، وظاهرٌ أنَّه لو قال لم تقبضه (٢) عن الرَّهنِ كفى وإنْ لم يُعَيِّنْ جِهَةً **(ولو جَرَى القبضُ)** بعدَ الإذنِ **(وادَّعَى الـرَّاهنُ الرُّجوعَ قبله صُدِّقَ المرتهنَ)** بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الرُّجوعِ **(أو)** أذِنَ لـه في قبضِه ، وادَّعَى **(عَدَمَ القبضِ صَدَّقَ مَنْ هو في يدِه)** منهما بيمينِـه لأنَّ اليدَ وحدَها في الـرَّاهنِ ومع الإذنِ في المرتهنِ قَرينَـةٌ دالـةٌ على صِدْقِ صاحِبِها .

(فرعٌ) لو **(أقرَّ الرَّاهنُ بإقباضٍ)** لِمَرهونٍ **(غيرِ مُمكَّنٍ)** كأنْ قال رَهَنْته اليـومَ داري بالشام وأقبَضْته إيَّاها ، وهما بمَكَّةَ **(لَغا** (٣) **وإنْ شَهِـدَ عليه بإقرارٍ بقبضٍ)**
٢/١٨٠ منه **(مُمكَّنٌ فقال : أقرَرت باطِلا حَلَف له المقَرُّ له)** (٤) أنَّه قَبَضَ منه **(ولو لم / يُذكَر)** لإقرارِه **(تأويلا ، ولو)** كان الإقرارُ **(في مَجلِسِ القاضي بعدَ الـدَّعوى)** عليه لِشُمُولِ الإمكانِ ذلك ، ولأنَّ الوثائِقَ في الغالِبِ يشهَدُ عليها قبلَ تحقيقِ ما فيها، والتأويلُ كقولِه : أشهَدت على رَسْمِ القُبالَةِ أو دُفعَ إليَّ كِتابٌ على لِسانِ وكيلي فتبَيَّنَ تزويـرُه أو أقبَضْته بالقولِ ، وظَنَنْت أنَّـه يكْفي قبضًا ، والـترجيحُ في صورَةِ الإقرارِ بمَجلِسِ القاضي من زيادَتِه .

---

(١) (قولُه : فرعٌ : ولو ادَّعَى المُرتهنُ القبضَ بالإذنِ إلخ) أو أنكَرَ المُرتهنُ قبضَه صُدِّقَ بيمينِه إن كان مَشروطًا في بَيْعٍ لإنكارِه لُزومَ البيعِ .

(٢) (قولُه : وظاهرٌ أنَّه لو قال لَم يقبضه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : فرعٌ : لو أقرَّ الرَّاهنُ بإقباضٍ غيرِ مُمكَّنٍ لَغا) هذا يدُلُّ على أنَّه لا يُحْكَمُ بما يُمكِنُ من كَرامات الأولياءِ ، ولِهذا قُلنا مَنْ تزَوَّجَ امرأةً بمَكَّةَ وهو بمِصْرَ فولَدَتْ لسِتَّةِ أشهرٍ من يومِ العقدِ لا يلحَقُه الولَدُ .

(٤) (قولُه : حَلَف له المقَرُّ له) قال الزَّركَشيُّ : ينبَغي أن يكونَ موضِعُ التخليفِ ما إذا لَم يكُنْ في يدِ المُرتهنِ ، فإنْ كان في يدِه فلا مَعنَى لِتخليفِه ، لأنَّ المرهونَ في يدِه وإقرارُ الرَّاهنِ يُصَدِّقُه .

(فرعٌ) : سُئِلتُ عن شَخصٍ أقرَّ بأنَّه قبَضَ من آخرَ عَشَرَةَ دراهمَ مَثَلا وحُكِمَ بإقرارِه ثم ادَّعَى أنَّه لَم يقبضها فأجَبتُ بأنَّه تُسمَعُ دَعواه لِتخليفِ المقَرِّ له يُحَرَّرُ قال شيخُنا : على ما ذكرَه الرَّافِعِيُّ في الشرحِ الكَبيرِ في باب القضاءِ .

وعِبارَةُ الأصلِ : ولو لم يُقِم بَيِّنَةً بإقرارِه بل أقرَّ في مَجْلِسِ القَضاءِ بعدَ توجُّه الدّعوى عليه فوجهانِ قال القَفّالُ : لا يُحَلِّفُه ، وإنْ ذكرَ تأويلا ،لأنّه لا يكادُ يُقِرُّ عند القاضي إلا عن تحقيقٍ ، وقال غيرُه : لا فرقَ [1] لِشُمولِ الإمكانِ قال الأذرَعيُّ : وقَضيَّةُ إطلاقِ النَّصِّ ، والعِراقيِّينَ ، والمنهاجِ الثّاني انتهى ، ولا يختصُّ ذلك بمَسْألَةِ الرَّهْنِ بل يجري في غيرِها كما لو قامَتْ بَيِّنَةٌ بإقرارِه لِزَيْدٍ بألفٍ فقال إنّما أقررت ، وأشهَدْت ليُقرِضَني ، ولم يُقرِضْني صرّحَ بذلك الأصلُ .

(فرعٌ) لو دَفعَ المرهونَ إلى المرتهنِ بغيرِ قَصْدِ إقباضِه عن الرَّهْنِ هل يكْفي عنه وجهانِ في التهذيب أحدُهما نَعَم كدَفعِ المبيعِ ، والثّاني : لا بل هو ، وديعَةٌ ، [2] لأنَّ تسليمَ المبيعِ واجِبٌ بخِلافِ المرهونِ (فإنْ قال) فيما لو شَهدوا على إقرارِه بالقبضِ منه (لم أُقِرَّ) به (أو شَهدوا على أنّه) أي المقرَّ له (قبَضَ) منه لِجِهَةِ الرَّهْنِ (فليس له التحليفُ) ، لأنّه تكذيبٌ لِلشُّهودِ ، وكذا لو أقرَّ بإتلافِ مالٍ ثم قال : أشهَدْت عازِمًا عليه إذْ لا يُعتادُ ذلك .

(فصلٌ) (المقِرُّ بالجِنايةِ على المرهونِ إنْ صَدَّقَه الرَّاهنُ دون المرتهنِ فازَ بالأرشِ أو عَكْسُه) أي : صَدَّقَه المرتهنُ دون الرَّاهنِ (صارَ الأرشُ رَهْنًا) فيأخُذُه ، ويكونُ بيدِ مَنْ كان الأصلُ بيدِه (فلو استوفى) من غيرِه أو أبرأ (رَدَّه إلى المقِرِّ لا إلى القاضي) ، ولا إلى الرَّاهنِ كما لو أقرَّ بشيءٍ لآخَرَ ، وهو يُنْكِرُه ، ولأنَّ الرَّاهنَ يُنْكِرُه ، ولم يبقَ للمُرتهنِ فيه حَقٌّ ، فإن استوفى منه لم يرجع به المقِرُّ على الرَّاهنِ ، وقد يستشكِلُ رَدُّه إلى المقِرِّ بعَدَمِ رَدِّ ما قَبَضَته الزَّوجَةُ من المهرِ إلى زَوجِها فيما إذا ادَّعَى بعدَ طَلاقِها وطْأَها ، وأنكرَته ، ويُجابُ بأنَّ المهرَ وجَبَ بالعقدِ [3] باتِّفاقِهما عليه ، وإنْ لم يستقِرَّ إلا بالوطْءِ بخِلافِ بَدَلِ الجِنايةِ فإنّه إنّما يجِبُ بها ، ولم يتَّفِق عليها الخصْمانِ أمّا لو صَدَّقاه أو كذَّباه فلا يخفَى حُكْمُه (وإنْ أقرَّ المرتهنُ أنَّ

---

(١) (قولُه : وقال غيرُه لا فرقَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه

(٢) (قولُه : والثاني لا بل هو وديعَةٌ إلخ) وهذا هو الأصحُّ

(٣) (قولُه : ويُجابُ بأنَّ المهرَ وجَبَ بالعقدِ إلخ) هذا الجوابُ حَكاه الشارِحُ في أوائِلِ النِّكاحِ عن بعضِ المتأخِّرينَ وهو مَردودٌ ولكنَّ الإشكالَ غيرُ وارِدٍ إذ ليستْ مَسألَةُ الزَّوجةِ نَظيرَ مَسألَتنا وإنّما نَظيرُها من مَسألَتنا أنْ يكونَ الأرشُ بيدِ الرَّاهنِ لكونِ الأصلِ كان بيدِه وهو حينَئِذٍ لا يرُدُّ إلى المقِرِّ إذ الجامِعُ المعْتبَرُ بينهما أنَّ مَنْ في يدِه المالُ مُعترِفٌ بأنّه لِغيرِه وذلك الغيرُ مُنكِرٌ له ومُعترِفٌ بأنّه مِلكٌ لِمَن هو في يدِه فيُقِرُّ المالَ في يدِه فيهما .

المرهونَ جَنَى) ، ولو بعدَ لُزومِ الرَّهْنِ ، وافقَه المرهونُ أولا (فالقولُ قولُ الرَّاهنِ) بيمينِه ، لأنَّ المِلْكَ له ، وضَرَرَ الجِنايةِ يعودُ إليه (والقولُ في عَكْسِه) أي : فيما لو أقَرَّ الرَّاهنُ أنَّ المرهونَ جَنَى بعدَ اللُّزومِ (قولُ المرتهنِ) بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الجِنايةِ ، وبَقاءُ الرَّهْنِ (فإنْ بيعَ في الدَّيْنِ فلا شيءَ) على المقِرِّ (للمُقِرِّ له في الحالَيْنِ) [١] أمَّا في الأولِ ، فلأنَّ المرتهنَ إنْ كذَبَ في إقرارِه فلا حَقَّ لِغيرِه ، وإلا لم يصِحَّ بيعُ المرهونِ فيكونُ الثَّمَنُ على مِلْكِ المشتري ، وأمَّا في الثَّاني ، فلأنَّ الرَّاهنَ لا يغْرَمُ جِنايةَ المرهونِ ، ولم يُتلِف بالرَّهْنِ شيْئًا للمُقِرِّ له لكونِ الرَّهْنِ سابقًا على الجِنايةِ [٢] ، وليس كما لو أقَرَّ بجِنايةِ أُمِّ الولَدِ حَيْثُ يغرَمُ للمُقِرِّ له ، وإنْ سَبَقَ الإيلادُ الجِنايةَ ، لأنَّ السَّيِّدَ يغْرَمُ جِنايةَ أُمِّ الولَدِ ذكَرَ ذلك الرَّافعيُّ .

(وإذا) رَهَنَ أو آجَرَ عبدًا ثم (أقَرَّ الرَّاهنُ أو المؤجِّرُ بجِنايةٍ) من العبدِ (مُتقَدِّمَةٍ) على اللُّزومِ [٣] (أو قال كُنت غَصَبْته أو بعته ، ونَحْوُه) مِمَّا يمنَعُ الرَّهْنَ أو الإجارَةَ كأعتقتُه (وصَدَّقَه المدَّعي) أي : المقَرُّ له وكذَّبه المرتهنُ أو المستأجِرُ بقَرينَةِ ما يأتي (لم يُقبل) قولُه في غيرِ الإجارَةِ مُطْلَقًا ، وفيها بالنِّسبَةِ للمَنفعَةِ خاصَّةً (صيانَةً لِحَقِّ الغيْرِ) [٤] من أحدِهما ، ولا حاجَةَ في صورَةِ العِتْقِ إلى تصْديقِ العبدِ ، لأنَّ الحقَّ فيه لِلَّه تعالى بخِلافِ المقَرِّ له في باقي الصُّورِ ذَكَرَه ما عَدا الفرقَ في الأصلِ ، ويُقاسُ بالعِتْقِ الإيلادُ ، وكذا الوقفُ [٥] ، ويحتمِلُ خِلافُه أمَّا إذا لم يُصَدِّقه المقَرُّ له بأنْ لم يُعَيِّنْه أو عَيَّنَه ، ولم يُصَدِّقه [٦] فالرَّهْنُ أو الإجارَةُ بحالِه [٧]

---

(١) (قولُه : فإنْ بيعَ في الدَّيْنِ فلا شيءَ لِلمُقَرِّ له في الحالَيْنِ) قال البُلقِينيُّ : والذي أقولُه أنَّه يلزَمُ المُرتهنَ تسليمُ ذلك إلى المجْنيِّ عليه لاعترافِه بأنَّه بَدَلُ الرَّقبةِ التي يستحِقُّ المجْنيُّ عليه بَيْعَها في جِنايتِه ، وقد حالَ بينه وبينها ، فيغرَمُ له أقلَّ الأمرَيْنِ من قِيمَتِه وأرشِ الجِنايةِ وإنْ كان المُشتري لا يُجْبَرُ أنْ يدفعَ إلى المُرتهنِ الثمَنَ . ا هـ . ما بَحَثَه مَردودٌ .

(٢) (قولُه : لكونِ الرَّهْنِ سابقًا على الجِنايةِ) فإنْ مَلَكَ يومًا لَزِمَ تسليمُه في الجِنايةِ .

(٣) (قولُه : مُتقَدِّمَةٍ على اللُّزومِ) قال القموليُّ في جَواهرِه : أنْ يُقِرَّ بجِنايةٍ مُتقَدِّمَةٍ على الرَّهْنِ .

(٤) (قولُه : صيانَةً لِحَقِّ الغيْرِ من أحدِهما) لأنَّ الرَّاهنَ قد يواطِئُ مُدَّعي الجِنايةِ أو غيرَه لِغَرَضِ إبطالِ الرَّهْنِ .

(٥) (قولُه : وكذا الوقفُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : أو عَيَّنَه ولَمْ يُصَدِّقه) أي : أو صَدَّقَه ولَم يدَعه .

(٧) (قولُه : فالرَّهْنُ والإجارَةُ بحالِه) قال شيخُنا : لا يُقَيَّدُ بهذه الصُّورَةِ إذ الحُكْمُ كذلك في الأُولى التي ذكرَها الماتنُ غيرَ أنَّه يغرَمُ لِلمُقِرِّ فيها دونَ الثانيةِ .

أو صَدَّقَه هو ، والمرتهنَ أو المستأجِرَ خرج عن الرَّهنيَّةِ أو الإجارَةِ ، وللمُرتهنِ المقرِضُ كان الرَّهنُ مَشروطًا في بيعٍ صرّحَ به الأصلُ ، وإذا لم يُقبل قولُ الرَّاهنِ أو المؤَجِّرِ فيما ذُكِرَ (**فيحلِفُ المرتهنُ أو المستأجِرُ على نفيِ العِلْمِ**) بما ادَّعَى به ، ويستمِرُّ الرَّهنُ أو الإجارَةُ (**ثُمَّ يغرَمُ الرَّاهنُ أو المؤَجِّـرُ**) للمُقِرِّ له (**الأقَـلَّ من قيمَتِه ، والأرشَ**) في مَسْألَـةِ الجِنايةِ وقيمَته في غيرِها ما عَدا مَسألَتَيِ العِتْقِ ، والإيـلادِ ، وإنَّما غرِمَ / ١٨١/٢ (**للحَيْلُولَـةِ**) بينه وبين حَقِّه كما لو قتَله ، وأمَّا غُرمُ الأقَلِّ ، فلأنَّه اللازِمُ في الفِداءِ (**فإذا نَكلَ**) المرتهنُ أو المستأجِرُ عن اليمينِ (**حَلَفَ المجنيُّ عليـه**) [١] الأولى المقرُّ له ، وذلك ، لأنَّ الحقَّ له (**لا الرَّاهنُ**) ، ولا المؤَجِّرُ ، وإنْ كان المِلْكُ لهما ، لأنَّهما لا يدَّعيانِ لأنفُسِهما شَيْئًا .

ومَسْأَلَـةُ الإجارَةِ بالنِّسبَةِ لِغيرِ البيعِ وغيرِ الإجارَةِ والعِتْقِ المعلُومَيْنِ من قولِه ، ونَحْوُه من زيادَتِه ، وبالنِّسبَةِ لِلثَّلاثَةِ ذَكرَها الأصلُ بعدُ ، وإذا حَلَفَ المقرُّ له خرج العبدُ عن الرَّهنيَّةِ أو الإجارَةِ ، لأنَّ اليمينَ المردودَةَ كالبَيِّنَةِ أو كالإقرارِ بأنَّه كان جانيًا في الابتِداءِ فلا يصِحُّ رَهْنُ شيءٍ منه ، ولا إجارَتُه (**وسَقَطَ خيارُ المرتهنِ في فسْـخِ بيعٍ شرَطَ فيه**) الرَّهنَ ، لأنَّ فواته حَصَلَ بنُكُولِه [٢] ، ويُفارِقُ ما مَرَّ عن الأصلِ مـن عَدَمِ سُقوطِه فيما إذا صَدَقَ بأنَّه في تِلْك رجع إلى الحقِّ ظاهرًا فلا يُعَدُّ مُقصِّرًا بخِلافِه هنا (**وكأنَّه اعترَف بأنَّه ارتهَنَه جانيًا فسَقطَ حَقُّه من الرَّهْنِ**) التصْريحُ بهذا مـن زيادَتِه ، وهو إيضاحٌ لِما قبله (**فإنْ نَكلَ المجنيُّ عليه**) الأولى المقرُّ له (**سَقطَتْ دَعواه**) وانتهـتِ الخُصومَةُ ، فلا يغـرَمُ لـه الرَّاهنُ ، ولا المؤَجِّرُ شَيْئًا ، لأنَّ الحيْلُولَةَ حَصَلَتْ بنُكُولِه ، والتصْريحُ بمَسألَةِ الإجارَةِ فيما ذُكِرَ من زيادَةِ المصنفِ .

(**فرعٌ**) لو (**أقرَّ على عبدِه بما يُوجِبُ القِصاصَ لم يُقبل**) إقرارُه عليه بخِلافِ إقرارِ العبدِ فإنَّه مَقبولٌ ، وإنْ كذَّبَه السَّيِّدُ ، وأضَرَّ ذلك به لانتِفاءِ التُّهَمَةِ ، فإنْ عَفا المستحِقُّ على مالٍ سَقَطَ القِصاصُ به ، ووجَبَ المالُ ، وقدم بـه على حَقِّ المـرتهنِ

---

(١) (قولُه : فإذا نَكلَ حَلَفَ المجنيُّ عليه) أي : ويُباعُ العبدُ في الجِنايةِ كُلُّه أو بعضُه .

(٢) (قولُه : لأنَّ فواته حَصَلَ بنُكولِه) لأنَّه قَدرَ على إبقاءِ الرَّهنِ فلَم يفعَل ومَحَلُّ بَيْعِ جَميعِه إذا استغـرَقَت الجِنايةُ قِيمَتـه وإلا بيعَ منه بقدرِها ، ثم الأصحُّ أنَّ باقِيـه لا يكونُ رَهنًـا ، لأنَّ المـردودَةَ كالإقرارِ على الأظهَرِ أو كالبيِّنَـةِ على قولٍ بأنَّه كان جانيًا في الابتداءِ فلا يصِحُّ رَهنُ شيءٍ منه .

إلا أن يفدي (فإنْ قال) السَّيِّدُ جَنَى جِنايةً توجِبُ القِصاصَ (وعَفا على مالٍ فكما سَبَقَ من إقرارِه بجِنايةٍ توجِبُ المالَ) فيجِبُ مُتعَلِّقًا برقَبَةِ العبدِ لِحَقِّ المجنيِّ عليه (وإقرارُه بالعِتْقِ والاستيلادِ كإنشائِه) أي : كُلٌّ منهما فيُقبَلُ من الموسِرِ دون المعسِرِ ، لأنَّ مَنْ مَلَكَ إنشاءَ أمرٍ قُبِلَ إقرارُه به ، ومَسألَةُ الاستيلادِ زادَها هنا مع أنَّها تأتي قَريبًا .

(فرعٌ) لو (وطِئَ جاريةً) له (ورَهَنَها : جازَ) ولا يمنَعُ احتِمالُ الحملِ من التصرُّفِ فيها (فإنْ) رَهَنَها ثُمَّ (أتتْ بولَدٍ يُمكِنُ كونُه منه) بأنْ أتتْ به لِسِتَّةِ أشهرٍ فأكثَرَ من الوطءِ إلى أربعِ سِنينَ (لحِقَه) ، وإنْ لم يدَّعِه ، ولا يُنافي كونُه مَرهونًا فيما ذَكرَه بقولِه (فإنِ ادَّعاه) بأنْ قال : هذا الولَدُ مِنِّي ، وكُنت وطِئتها قبلَ لُزومِ الرَّهْنِ (وصَدَّقَه المرتهنُ) على ذلك (أو ثَبَت) ببَيِّنَةٍ (بَطَلَ الرَّهْنُ) لِثُبوتِ أُمِّيَّةِ الولَدِ (فإنْ شرَطَ) رَهْنَها (في بيعٍ فله الفسخُ) للبيعِ (وإلا) أي : وإنْ لم يُصَدِّقه المرتهنُ ، ولا بَيِّنَةَ (فكإقرارِه بأنَّها كانت مُستولَدَةً) أو نَحوِه قبلَ اللُّزومِ فلا ينطُلُ الرَّهْنُ لِعَدَمِ قَبولِ قولِه كما مَرَّ قال في الأصلِ : والولَدُ حُرٌّ ، وحَذَفه المصنفُ [1] لِقولِ المهمَّاتِ إنَّما يستقيمُ إطلاقُه [2] إذا قُلْنا بعَدَمِ دُخولِ الحملِ المقارِنِ في رَهْنِ الأمَةِ أمَّا إذا قُلْنا بالصَّحيحِ أنَّه يدخُلُ ، وكان لِدونِ سِتَّةِ أشهرٍ من العقدِ فهو مَرهونٌ كأمِّه أمَّا إذا لم يُمكِنْ كونُ الولَدِ منه بأنْ أتتْ به لِدونِ سِتَّةِ أشهرٍ من الوطءِ أو لأكثَرَ من أربعِ سِنينَ فالرَّهْنُ بحالِه ، والولَدُ مَملُوكٌ له (وإذا أقَرَّ باستيلادِها بعدَ اللُّزومِ نَفذَ إنْ كان مُوسِرًا) لا مُعسِرًا .

(فرعٌ) لو (باعَ عبدًا أو كاتبَه ثُمَّ أقَرَّ أنَّه) كانَ (غَصَبَه أو باعَه) أو نَحوَه مِمَّا يمنَعُ البيعَ والكِتابَةَ كالإصْداقِ (لم يُقبل) إقرارُه ، لأنَّه إقرارٌ في مِلْكِ الغيرِ أو ما هو في مَعناه ، وهو مَردودٌ ظاهرًا (ويُصَدَّقُ المشتري) والمكاتبُ (بيمينِه فإنْ نَكَلَ حَلَفَ المدَّعي) أي : المقَرُّ له (لا البائعُ) ، والسَّيِّدُ ، والترجيحُ من زيادَتِه ،

---

(١) (قولُه : قال في الأصلِ : والولَدُ حُرٌّ وحَذَفه المُصَنِّفُ إلخ) قال شيخُنا : قد يُقالُ بصِحَّةِ قولِه إنَّه حُرٌّ بمَعنَى كونِه حُرًّا بالنِّسبةِ لِغيرِ حَقِّ المرتهنِ أمَّا بالنِّسبةِ إليه فرَقِيقٌ لِتعَلُّقِ الحقِّ به ولِذلك نَظائِرُ .

(٢) (قولُه : لِقولِ المهمَّات : إنَّما يستقيمُ إطلاقُه إلخ) قال في الخادِمِ وهذا عَجيبٌ فإنَّ ذاكَ في الحامِلِ برَقِيقٍ وهاهنا حامِلٌ بحُرٍّ فكيف يُتخَيَّلُ فيه ذلك .

وعِبارَةُ الأصلِ : فإنْ نَكلَ فهل الرَّدُّ على المدَّعي أم على المقِرِّ البائِعِ قولانِ .

(فصْلٌ) لو **(أذِنَ المرتهنُ)** لِلرَّاهنِ **(في البيع)** فباعَ [(١)] **(وقال المرتهنُ)** : رَجَعت عن الإذْنِ **(فأنكرَ الرَّاهنُ رُجوعَه ، فالقولُ قولُ الرَّاهنِ)** بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الرُّجوعِ [(٢)] **(وإنْ صَدَّقَه)** في رُجوعِه عن الإذْنِ **(لكن قال رَجَعت)** عنه **(بعدَ البيعِ ، وقال المرتهنُ بل قبله صُدِّقَ المرتهنُ)** بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البيعِ ، والرُّجوعُ في الوقتِ المدَّعَى إيقاعُ كُلٍّ منهما فيه فيتعارَضانِ ، ويبقَى الرَّهْنُ .

(فصْلٌ) لو كان **(عليه لِرَجُلٍ دَيْنانِ بأحدِهما رَهْنٌ)** أو نَحوُه ككفيلٍ [(٣)] **(فقَصَدُه بالقَضاءِ وقَعَ عنه ، والقولُ قولُه)** بيمينِه [(٤)] ، لأنَّه أعلمُ بقَصْدِه ،

---

(١) (قولُه : لو أذنَ المُرتهنُ في البيعِ فباعَ) أو في الإعتاقِ فأعتقَ أو في الوطْءِ فوطِئَ وأحْبَلَ .

(٢) (قولُه : لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البيعِ والرُّجوعِ إلخ) مُقتضاه الاتِّفاقُ على البُطْلانِ فيما إذا اتَّفقا على الرُّجوعِ قبلَ البيعِ ، وينبَغي خلافُه ، لأنَّ فيه إبطالا لِحَقِّ الغيْرِ ويُمكِنُ حَمْلُه على ما إذا لَم يُعَيِّنِ المُشتري أو عَيَّنَه فلَم يُصَدِّقه أو عادَ إلى الرَّاهنِ بفسخٍ وغيرِه وحينَئِذٍ فيُصَدَّقُ المُرتهنُ على الأصحِّ ولا يصِحُّ البيعُ ويبقَى الرَّهْنُ ، وقال في الأنوارِ ولو اتَّفقا على أنَّ الرُّجوعَ كان قبلَ البيعِ فالقولُ لِلمُشتري والمرهونِ على نفْيِ العِلمِ وعلى الرَّاهنِ بَدَلُه فإنْ نَكلا وحَلَف المُرتهنُ بَطَلَ البيعُ والإعتاقُ والإيلادُ إنْ كان مُعسِرًا

(٣) (قولُه : أو نحوُه كَكَفيلٍ) أو هو ثَمَنُ مَبيعٍ مَحْبوسٌ به .

(٤) (قولُه : والقولُ قولُه بيمينِه) قال الزَّرْكَشيُّ : اعلَم أنَّه يُستثنَى من تصديقِ الدَّافِعِ صورٌ ، **إحداها** : إذا كان أحدُهما حالاً والآخَرُ مُؤَجَّلا ثم قال الرَّاهنُ : أقبَضته عن المُؤَجَّلِ فانفكَّ الرَّهْنُ فلا يُصَدَّقُ ، لأنَّه مُجْبَرٌ على الأداءِ عن الحالِّ ولا تخييرَ له ، ولِهذا لو أتى بالألفِ ابتداءً ، وقال خُذْها عن المُؤَجَّلِ حتى يفُكَّ الرَّهنَ ، وامتنَعَ المُرتهنُ لَم يُجْبَر بل له أخذُه عن الحالِّ .

الثانيةُ : لو كان الدَّيْنانِ مُؤَجَّلَيْنِ وأجَلُ أحدِهما أطولُ من الآخَرِ فقال الدَّافِعُ : قَصَدت الأطولَ لينفكَّ الرَّهْنُ منه لَم يُصَدَّق على المُرتهنِ ، لأنَّه لا خيرَةَ له في الدَّفعِ إذ هو غيرُ واجِبه .

الثالِثةُ : إذا كان دَيْنُ الرَّهْنِ مُستقِرًّا والدَّيْنُ الذي بلا رَهْنٍ غيرُ مُستقِرٍّ كالسَّلَمِ فدَفعَ المُسلَمُ إليه وقال : قَصَدت به دَيْنَ الرَّهْنِ لينفكَّ ولَم يُصَدَّق المُسَلِّمُ فالقولُ قولُ المدفوعِ إليه لِلعِلَّةِ السَّابقَةِ .

الرَّابعَةُ : لو كان الرَّهْنُ بألفٍ مُكَسَّرَةٍ وله عليه ألفٌ مُنَجَّمٌ بلا رَهْنٍ فدَفعَ ألفًا صحيحةً ، وقال : قَصَدت دَيْنَ الرَّهْنِ وتبَرَّعت بالزَّائِدِ لينفكَّ الرَّهْنُ لَم يُصَدَّق ، لأنَّ قَرينَةَ الحالِ تدُلُّ =

١٨٢/٢ وكيفيَّةِ أدائِه (١) سواءٌ اختلَفا في نيَّتِه أم لفظِه ، فالعِبْرَةُ في جِهَةِ الأداءِ بقَصْدِ / المؤدِّي حتَّى يبْرَأَ بقَصْدِه الوفاءَ ، ويملِكُه الدَّائِنُ ، وإنْ ظَنَّ الدَّائِنُ إيداعَه صرَّحَ بذلك الأصلُ ، وكما أنَّ العِبْرَةَ في ذلك بقَصْدِه فكذا الخيرَةُ إليه فيه ابتِداءً إلا فيما لو كان على المكاتب دَيْنُ مُعامَلَةٍ فأرادَ الأداءَ عن دَيْنِ الكِتابَةِ ، والسَّيِّدُ الأداءَ عن دَيْنِ المعامَلَةِ ، فيُجابُ السَّيِّدُ ، كما سَيأتي في باب الكِتابَةِ ، وتُفارِقُ غيرَها ممَّا ذُكِرَ بأنَّ دَيْنَ الكِتابَةِ فيها مُعَرَّضٌ لِلسُّقوطِ بخِلافِ غيرِها ، وإنَّما اعتُبرَ قَصْدُ المكاتب عند عَدَمِ التعَرُّضِ للجِهَةِ لِتقصيرِ السَّيِّدِ بعَدَمِ التعيِينِ ابتِداءً (**بل لو دَفَعَ ، ولم يقصِدْ واحِدًا**) منهما (**عَيَّنَه**) أي : المدفوعُ (**لِما شاءَ**) منهما كما في زَكاةِ المالَيْنِ الحاضِرِ والغائِب قال في الأصلِ : وإنْ دَفعَ عنهما فسَقَطَ عليهما أي بالسَّوِيَّةِ لا بالقِسْطِ (٢) أخذًا ممَّا رَجَّحَه صاحِبُ البَيانِ وغيرُه فيما إذا دفَعَ ، ولم يقصِدْ شَيْئًا ، وقُلْنا : لا يُراجَعُ بل يقَعُ عنهما فلو مات قبلَ التعيِينِ قامَ وارِثُه مَقامَه (٣) . كما أفتى به السُّبْكيُّ فيما إذا كان بأحدِهما كفيلٌ (٤) قال : فإنْ تعَذَّرَ ذلك جُعل بينهما نِصْفَيْنِ ،

= على خلافِ قولِه .

الخامِسَةُ : لو كان دَيْنُ الرَّهْنِ يستحِقُّه ودَيْنُ غيرِ الرَّهْنِ لِمَحجورِه أو بالعكسِ أو أحدُهما لِلوكيلِ والآخرُ لِلموكِّلِ وبأحدِهما رَهْنٌ فادَّعَى الرَّاهنُ أنَّه دَفعَ عن دَيْنِ الرَّهْنِ ولَمْ يُصَدِّقه الآخذُ لَم يُقبل قولُ الرَّاهِنِ ، فإنَّ الوكيلَ والوليَّ لا بُدَّ من مُراعاةِ نيَّتِه في أخذه لِلموكِّلِ أو لِنفسِه أو لِلمَحجورِ أو لِنفسِه فمن هنا تتعارَضُ نيَّةُ الدَّافِعِ والمدفوعِ له نَعَم في هذه الصُّورَةِ لا يكونُ القولُ قولَ واحدٍ منهما والقبضُ فاسِدٌ فليستأنِفا قبضًا صحيحًا .

(١) (قولُه : لأنَّه أعلَمُ بقَصْدِه وكيفيَّةِ أدائِه) ولأنَّ الانتقال منه فكان القولُ قوله في صِفته .

(٢) (قولُه : أي بالسَّوِيَّةِ لا بالقِسطِ إلخ) جَزَمَ الإمامُ بأنَّ التقسيطَ على قدرِ الدَّيْنَيْنِ .

(٣) (قولُه : قامَ وارِثُه مُقامَه) لأنَّه حَقٌّ ماليٌّ فيورَثُ وهل يجْري مِثلُ ذلك في الحاكِمِ إذا كانت الورَثَةُ مَحْجورينَ فيه نظَرٌ .

(٤) (قولُه : كما أفتى به السُّبكيُّ فيما إذا كان بأحدِهما كَفيلٌ) قال الأذرَعيُّ : وقَعَ في الفتاوى رَجُلٌ عليه ألفانِ مَثَلا أحدُهما بكَفيلٍ فدَفعَ المدينُ ألفًا ولَم يذكُر شيئًا ثم مات فتنازَعَ الكَفيلُ والدَّائِنُ فهل يرجِعُ إلى الوارِثِ أو إلى رَبِّ الدَّيْنِ أو الكَفيلِ أو يقسِطُ عليهما فتوقَّفتُ فيها وأفتى بعضُ شُيوخِ العصرِ بأنَّ الورَثَةَ تقومُ مقامَه كما لو كان حَيًّا فإنَّ له أنْ يُعَيِّنَه عَمَّا شاءَ على الأصحِّ قال : وإنْ تعذَّرَ ذلك جَعل بينهما نِصْفَيْنِ قال الأذرَعيُّ : في تعيينِ الوارِثِ وقفةٌ إذا كان الميِّتُ مُفلِسًا أو موسِرًا ولا رُجوعَ لِلضَّامِنِ لِما فيه من شَغْلِ ذمَّته بجَميعِ الكَفالَةِ مع الشكِّ فيحتمِلُ أنْ يُقال : يُقسَّطُ هنا وإنْ لَم نَقُل به في أصلِ المسألَةِ ولا سيَّما حيثُ لا تركَةَ ومن القواعِدِ المُقَرَّرَةِ أنَّ مَنْ كان القولُ قوله في شيءٍ كان القولُ قوله في صِفته .

وإذا عين فهل ينفكُّ الرَّهْنُ من وقتِ اللفظِ [١] أو التعيينِ يُشبه أنْ يكونَ كما في الطَّلاقِ المبْهَمِ (ولو تبايعَ مُشرِكانِ دِرهَمًا بدِرهَمَيْنِ ، وسَلَّمَ) مَن التزَمَ الزِّيادَةَ (دِرهَمًا ثُم أسلما فإنْ قَصَدَ) بتسليمِه (الزِّيادَةَ لَزِمَ) هـ (الأصلُ) ، وكان المقبوضُ عنها في حُكْمِ المقبوضِ بالمعامَلَةِ الفاسِدَةِ فيما يظْهَرُ كما قاله الزَّركشيُّ (أو عَكْسُه) أي : قَصَدَ الأصلَ (بَرِئَ) فلا شيءَ عليه (أو قَصَدَهما ، وزع) عليهما (وسَقَطَ باقي الزِّيادَةِ ، ولو لم يقصِدْ) شيئًا (عَيَّنَه لِما شاءَ منهما ، ولو سَلَّمَ) المدْيُونَ (إلى وكيلِ غريمِه ، وأطلَقَ عَيَّنَه لِما شاءَ منهما ، ولو أمَرَ) هو (هذا الوكيلَ بالتسليمِ) أي : بتسليمِه ما قَبَضَه منه (إلى أحدِهما ، وعَيَّنَه صارَ وكيلا في الأداءِ له لا لِمَنْ وكَّله في القبضِ) منه لانعزالِه عن وكالَتِه بالقبضِ (فللمَدْيُونِ تعيينُه للآخَرِ ما لم يقبضه) المعَيَّنَ (الأولَ) ، ويصيرُ أيضًا وكيلا له فقط فيما لو أمَرَه بالتسليمِ إليهما ، وله تعيينُ أحدِهما ما لم يُسَلِّمْ كما صرَّحَ بذلك الأصلُ (وإنْ تلِفَ) المقبوضُ (قبله) أي : قبلَ التسليمِ (تلِفَ مع وكيلِه في الأداءِ) فيكونُ من ضَمانِ المدينِ ، والدَّيْنُ باقٍ عليه ثُم إنْ لم يُقَصِّرِ الوكيلُ فلا ضَمانَ عليه ، وإلا فعليه الضَّمانُ للمَدينِ (وإنْ) أبرأَ الدَّائِنُ المدينَ من أحدِ دَيْنَيْه عليه ، وبأحدِهما رَهْنٌ مثلا ثُم (اختلَفا فقال) المدينُ (أبرَأْتني من دَيْنِ الرَّهْنِ فقال) الدَّائِنُ (بل من الحاليِّ) عنه (صُدِّقَ المبْرِئُ بيمينِه) ، لأنَّه أعلمُ بقَصْدِه .

(فصْلٌ) (ولو قَبَضَ) المرتهِنُ (العصيرَ) المرهونَ في ظَرفٍ (أو العبدَ المرهونَ مَلْفوفًا) بثوبٍ (وقال قبَضْته) أي : العصيرَ (خمرًا أو وفيه فأْرَةٌ) مَيِّتةٌ (أو) قَبَضْت (العبدَ مَيِّتًا) فلِي فسخُ البيعِ المشروطِ فيه رَهْنُ ذلك ، وقال الرَّاهنُ بل

---

(١) (قولُه : فهل ينفكُّ الرَّهْنُ من وقت اللَّفظِ) أشارَ إلى تصحيحِه

(تنْبيهٌ) : قال البُلقِينيُّ : لو باعَ نَصيبَه ونَصيبَ غيرِه في عبدٍ ثم قبَضَ شيئًا من الثمَنِ فهل نَقولُ النظَرُ إلى قَصْدِ الدَّافِعِ وعندَ عَدَمِ قَصْدِه يجْعَلُه عمَّا شاءَ أو نَقولُ هذه الصُّورَةُ القبضُ في أحدِ الجانِبَيْنِ غيرُ صحيحٍ فيطرُقُها عندَ الاختلافِ دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ ، وعندَ عَدَمِ القصْدِ يظْهَرُ إجراءُ الحالِ على سَدادِ القبضِ ويُلغَى الزَّائِدُ لَم أقِفْ على نَقلٍ في ذلك ، وقد سألْت عن ذلك في وقفٍ منه حِصَّةٌ لِرَجُلٍ ومنه حِصَّةٌ لِبِنْته التي تحت حِجْرِه والنظَرُ في حِصَّته له وفي حِصَّةِ بِنْته لِلحاكِمِ وقبَضَ شيئًا من الأُجْرَةِ كيف يعمَلُ فيه ، وكَتبت مُقتضَى المنقولِ وما أردَفْته به وهو حَسَنٌ .

حَصَلَ تخميرُ العصيرِ أو وُقوعُ الفأرَةِ فيه أو مَوتُ العبدِ عندك (صُدِّقَ الرَّاهنُ) بيمينِه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ ذلك قبلَ القبضِ (وكذا) يُصَدَّقُ (لو قال) المرتهنُ (رَهَنته ، وهو كذلك) فالرَّهْنُ باطِلٌ ، وقال الرَّاهنُ : بل حَصَلَ ذلك عندك فهو صَحيحٌ لِما مَرَّ أنَّ القولَ قولُ مُدَّعي الصِّحَّةِ ، والتصريحُ بالترجيحِ في هذِه مع ذِكْرِ
١٨٣/٢ مَسألَتَيْ / دَعوى المرتهنِ وُجودَ الفأرَةِ في العصيرِ ، ومَوتَ العبدِ عند الرَّهْنِ فيهما ، وعند القبضِ في الأولى من زيادَتِه ، نَعَم ذَكرَ الأصلُ الأولى بالنِّسبَةِ للبيعِ مُعَبِّرًا فيها بالمائعِ ، وهو أعَمُّ من العصيرِ ، والأمرُ فيه قَريبٌ (ولا يلزَمُ المرتهنَ إحضارُ الرَّهْنِ) (١) أي المرهونِ (قبلَ القَضاءِ) لِلدَّيْنِ (ولا بعدَه بل عليه التمكينُ) منه (كالمودَعِ ، وعلى الرَّاهنِ مُؤنَةُ إحضارِه) ، ولو (للمَبيعِ) في الدَّيْنِ إن احتاجَ إليه (ولو رَهَنَ مَعيبًا ، وحدَثَ) به (مع المرتهنِ عَيْبٌ آخَرُ) أو مات ثُم عَلِمَ بالعيْب (لم يلزَم) الرَّاهنَ (الأرشُ) ليكونَ مَرهونًا (ولم يكن له فسخُ بيعٍ شرَطَ فيه رَهْنَه) كما لو جَرَى ذلك في يدِ المشتري ، وهذِه ذَكَرَها كأصْلِه في باب البُيُوعِ المنهِيِّ عنها (وإنْ رَهَنَ عبدَيْنِ ، وسَلَّمَ أحدَهما أو مات أو تعَيَّبَ) في يدِ المرتهنِ (وامتنَعَ من تسليمِ الآخَرِ لم يكن للمُرتهنِ خيارٌ في فسخِ البيعِ المشروطِ) فيه الرَّهْنُ (لِتعَذُّرِ رَدِّه على حالِه) ، وتوقَّفَ فيه الأذرَعيُّ .

* * *

---

(١) (قولُه : ولا يلزَمُ المُرتهنَ إحضارُ الرَّهْنِ إلخ) لو لَم يتأتَّ البيعُ إلا بالإحضارِ ولَم يثِقِ المُرتهنُ بالرَّاهنِ لَم يُسَلِّمْ إليه بل يبعَثُ الحاكِمُ مُعتمَدًا ليُحْضِرَه وأُجرَتُه على الرَّاهنِ ولو قال : أُريدُ أداءَ حَقِّه من ثَمَنِ المرهونِ فليس لِلمُرتهنِ أنْ يلزَمَه من جِهَةٍ أُخرى وإنْ كان قادِرًا وإذا بيعَ وأرادَ الرَّاهنُ أداءَ من غيرِ ثَمَنِه فله ذلك ولو أرادَ التصَرُّف فيه قبلَ أدائِه لَم يكُنْ له ذلك ، ولو شَرَطَ المُرتهنُ أنَّه إذا حَلَّ الدَّيْنُ لا يبيعُه أحدٌ سِواه بَطَلَ الرَّهْنُ وكذا لو شَرَطَ أحدُهما على الآخَرِ أنَّه لا يبيعُه إلا العدلُ أو الحاكِمُ .

(كِتابُ التفليسِ)

هو لُغَةً : النّداءُ على المفلِسِ وشَهرُه بصِفةِ الإفلاسِ المأخوذِ من الفُلُوسِ التي هي أخَسُّ الأموالِ .

وشرعًا : جَعلُ الحاكِمِ المدْيُونَ مُفلِسًا ، يمنَعُه من التصَرُّفِ [1] في مالِه والأصلُ فيه ما رواه الدّارقطنيُّ وصحّح الحاكِمُ إسنادَه «أنَّ النّبيَّ ﷺ حَجَرَ على مُعاذٍ وباعَ ماله في دَينٍ كان عليه وقَسَّمَه بين غُرَمائِه فأصابَهم خَمسَةَ أسباعِ حُقوقِهم ، فقال لهم النَّبيُّ ﷺ : «ليس لَكُمْ إلا ذلك» ثُم بعَثَه إلى اليمَنِ وقال : «لَعَلَّ اللهَ يجبرُك ويُؤَدِّي عنك دَينَك» [2] فلم يزَلْ باليمَنِ حتّى توُفِّي النّبيُّ ﷺ »

(المفلِسُ) لُغَةً : المعسِرُ ، ويُقالُ : مَنْ صارَ مالُه فُلُوسًا ، و **(شرعًا مَنْ حُجِرَ عليه لِنَقْصِ مالِه عن دَينٍ عليه لآدَميٍّ)** بخِلافِ دَينِ الله تعالى ، وتقييدُه بالحجرِ وبدَينِ الآدَميِّ من زيادَتِه تبعَ فيه الإسنَويَّ ، ورُدَّ بأنَّ الحجرَ حُكمٌ على المفلِسِ فلا يُؤخَذُ قَيدًا فيه [3] ودَينُ الله إنَّما لم يحجز به إذا لم يك فوريًّا [4] كنَذرٍ مُطْلَقٍ وكفَّارَةٍ لم يعص بسَبَبِها **(ومَنْ مات هكذا)** أي ناقِصًا مالُه عن الدّينِ **(فله حُكمُ المحجورِ عليه)** بالفلَسِ **(في الرُّجوعِ إلى الأعيانِ)** كما يأتي بَيانُه لِخَبَرِ «أيُّما رَجُلٍ مات أو أفلَسَ [5] فصاحِبُ المتاعِ أحَقُّ بمَتاعِه إذا وجَدَه بعَينِه ما لم يخَلِّفْ وفاءً» رواه الدّارقطنيُّ والبيهقيُّ بإسنادٍ صَحيحٍ **(بخِلافِ غيرِه)** مِمَّنْ مات ولم ينقُصْ مالُه عن ذلك

---

(١) (قوله : يمنَعُه من التصَرُّفِ في مالِه) فإنَّه يُمتنَعُ من التصرُّفِ إلا في شيءٍ تافِهٍ .

(٢) رواه الدارقطني في سننه (٢/٨١٦) والحاكم في في المستدرك (٣/٣٠٧) حديث (٥١٩٥) ، والبيهقي في الكبرى (٦/٥٠) حديث (١١٠٥٢) .

(٣) (قوله : ورُدَّ بأنَّ الحجرَ حُكمٌ على المُفلِسِ فلا يُؤخَذُ قَيدًا فيه) يُرَدُّ بأنَّ المُفلِسَ شرعًا : هو المحجورُ عليه بسَبَبِ الفلَسِ ، فمدلولُه ذاتٌ وقَعَ عليها الحجرُ فلا بُدَّ في تحقيقِ ماهيَّته من ذكرِه ، وقد فسَّرَه به الماورديُّ والبندَنيجيّ والمحامِليُّ وغيرُهم فإنَّه مَتى لَم يحجُر عليه فتصَرُّفاتُه صحيحةٌ قَطعًا .

(٤) (قوله : ودَينُ الله إنَّما لَم يحجِز به إذا لَم يكُن فوريًّا إلخ) بناءً على أنَّ له المُطالَبةَ به قال شيخُنا : أي والأصحُّ خلافُه .

(٥) (قوله : أو أفلَسَ) أي حُجِرَ عليه بالفلَسِ تعبيرًا بالسَّبَب عن المُسَبَّب .

فلا رُجوعَ له لِتيسُّرِ أخذِ مُقابلِ العينِ كما في حالِ الحياةِ ولِمَفْهومِ الخبَرِ السَّابقِ وبما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّ الرُّجوعَ لا يثبُتُ بمُجَرَّدِ الإفلاسِ بل لا بُدَّ معه من الحجرِ ، أو الموتِ (ولا يَحْجُرُ عليه) أي على مَنْ نَقَصَ مالُه عن ذلك (إلا الحاكِمُ) (١) لأنَّه يحتاجُ إلى نَظَرٍ واجتهادٍ ، وأمَّا أصلُ الحجرِ فلأنَّ فيه مَصلحَةً للغُرَماءِ (٢) فقد يخُصُّ بعضَهم بالوفاءِ فيضُرُّ الباقينَ وقد يتصرَّفُ فيه فيُضَيِّعُ حَقَّ الجميعِ ، قال ابنُ الرِّفْعَةِ وهل يكفي في لفظِ الحجرِ (٣) مَنْعُ التصرُّفِ أو يُعتبَرُ ، أنْ يقولَ حَجَرت بالفلَسِ إذ مَنْعُ التصرُّفِ من أحكامِ الحجرِ فلا يقَعُ به الحجرُ وجهانِ (٤) قال في الروضَةِ ويجِبُ على الحاكِمِ الحجرُ إذا وُجِدَتْ شُروطُه (٥) ، قال : وقولُ كثيرٍ من أصحابنا : فللقاضي الحجرُ ليس مُرادُهم أنَّه مُخبَّرٌ فيه أي بل إنَّه جائزٌ بعدَ امتِناعِه قبلَ الإفلاسِ وهو صادِقٌ بالواجِب ، قال السُّبْكِيُّ : وهو ظاهرٌ إذا تعذَّرَ البيعُ حالا ، وإلا فينبغي عَدَمُ وُجوبه ؛ لأنَّه ضَرَرٌ بلا فائِدَةٍ ، وهو مَمنُوعٌ بل له فوائِدُ منها المنعُ من التصرُّفِ بإذنِ المرتهنِ ، والمنعُ من التصرُّفِ فيما عَساه يحدُثُ باصطيادٍ ونَحوِه ولا يُحجَرُ إلا (بدَينٍ لازِمٍ (حالٍّ زائِدٍ على مالِه) فلا حَجرَ بالجائِزِ كنُجومِ الكِتابَةِ ، وإن طَلَبَ السَّيِّدُ
٢/١٨٤ الحجرَ لِتمكُّنِ المدينِ من إسقاطِه (٦) ولا بالمؤَجَّلِ / والمساوِي لِمالِه والنَّاقِصِ عنه كما

---

(١) (قولُه : ولا يَحْجُرُ عليه إلا الحاكِمُ) شَمِلَ كلامُه العبدَ المأذونَ .

(٢) (قولُه : فلأنَّ فيه مَصلَحةً لِلغُرَماءِ فقد إلخ) قال ابنُ الرِّفْعَةِ : وقَضيَّةُ العِلَّةِ أنَّه لو كان مالُه مَرهونًا امتنَعَ الحجرُ ولَم أرَه إلا أنْ يكونَ في المالِ رَقِيقٌ ، وقُلنا : ينفُذُ عِتقُه وإن كان مَرهونًا ا هـ . وجَوابُه أنَّ المُرتهنَ قد يأذَنُ له في التصرُّفِ ، أو يفُكُّ الرَّهنَ فيحصُلُ الضَّرَرُ ، نَعَم إنْ فرَضَه مَرهونًا عندَ كُلِّ الغُرَماءِ اتَّجهَ بعضَ اتِّجاهٍ لكنَّه ضعيفٌ أيضًا فإنَّ بعضَ الغُرَماءِ قد يُبرِئُ من دَيْنِه وبتقديرِ أنْ لا يُبرِئَ فقد تكونُ حِصَّتُه من المرهونِ أكثرَ من دَيْنِه فينفكُّ الرَّهنُ عنه فيحصُلُ المحذورُ. ع .

(٣) (قولُه : وهل يَكْفي في لَفْظِ الحجرِ مَنْعُ التصرُّفِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قولُه : وجهانِ) ومُقتضَى كلامِ الجُمهورِ التخييرُ بين هاتينِ الصِّيغَتيْنِ ونحوِها وهذا كانعِقادِ البيعِ بلَفْظِ التمليكِ .

(٥) (قولُه : ويجِبُ على الحاكِمِ الحجرُ إذا وُجِدَتْ شُروطُه) شَمِلَ ما إذا كان بسُؤَالِ الغُرَماءِ وما إذا كان بسُؤَالِ المُفْلِسِ ، وإن قال بعضُهم بالجوازِ في الثاني ، والوُجوبُ مَعلومٌ من القاعِدَةِ الأُصوليَّةِ أنَّ ما كان مَمنوعًا إذا جازَ وجَبَ .

(٦) (قولُه : لِتمَكُّنِ المدينِ من إسقاطِه) قال الزَّرْكَشيُّ : وينبَغي أنْ يُلحِقَ به دُيونَ المُعامَلَةِ لِلسَّيِّدِ بناءً على أنَّها تسقُطُ بتعجيزِه نفسِه كالنُّجومِ ، وفيه اختلافُ ترجيحٍ والأصحُّ سُقوطُها به .

سَيأتي ، والمرادُ بمالِه مالُه العينيُّ [١] المتمَكِّنُ من الأداءِ منه ، أمَّا المنافعُ [٢] وما لا يتمَكَّنُ من الأداءِ منه كمَغصوبٍ وغائِبٍ فلا تُعتبَرُ فيهما زيادَةُ الدّينِ عليهما ، وأمَّا الدّينُ فيظهَرُ اعتِبارُها فيه إن كان حالاً على مَليءٍ مُقِرٍّ به ، نَبَّهَ على ذلك الإسنَوِيُّ، وكالإقرارِ البَيِّنَةُ ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : ولو كان المالُ مَرهونًا [٣] فلم أرَ فيه نَقْلا .

والفِقه مَنَعَ الحجرَ ، إذ لا فائِدَةَ فيه ، ورُدَّ بأنَّ له فوائِدَ بمِثلِ ما مَرَّ فيقَعُ الحجرُ فيه كغيرِه **(إن التمَسَه الغُرَماءُ)** لأنَّه لِحقِّهم وهم أهلُ رُشدٍ **(أو)** لم يلتمِسوه لكن **(كان)** الدّينُ **(لِغيرِ رَشيدٍ)** [٤] من صَبيٍّ ومَجنُونٍ ومَحجورٍ عليه بسَفهٍ لِمَصلحَتِهم ، وكذا لو كان لِمسجِدٍ أو جِهَةٍ عامَّةٍ كالفُقَراءِ **(وكذا لو التمَسَه المفلِسُ** [٥] **أو بعضُ الغُرَماءِ إذا لم يفِ مالُه)** أيِ المفلِسِ **(بدَينِ الجميعِ)** وإن وفَّى بدَينِه ؛ لأنَّ لِكُلٍّ منهما فيه غَرَضًا ظاهرًا قال الرَّافعيُّ : روِي أنَّ الحجرَ على مُعاذٍ كان بطَلَبه انتهى . وفي النِّهايةِ [٦] أنَّه كان بسُؤالِ الغُرَماءِ وما ذَكرَه المصنفُ في الثانيةِ من اعتِبارِ دَينِ الجميعِ هو ما نَقَله في الروضَةِ وقوَّاه والذي فيها كأَصلِها قبلَ ذلك ما في المنهاجِ كأَصلِه اعتِبارُ دَينِه [٧] فقط فقال : فلو التمَسَه بعضُهم ودَينُه قدرٌ يُحجَرُ به حُجِرَ ، وإلا فلا. ثم لا يختَصُّ أثرُ الحجرِ بالملْتمِسِ بل يعُمُّهم ولا يُحجَرُ لِدَينِ الغائِبين لأنَّه لا يستوفي مالهم في الذِّمَمِ . قال الفارِقيُّ : ومَحَلُّه إذا كان المدْيُونُ ثِقَةً مَليًّا ، وإلا لَزِمَ الحاكِمَ

---

(١) (قولُه : والمُرادُ بمالِه مالُه العينيُّ)الخ أشارَ إلى تصحيحِه.

(٢) (قوله : أمَّا المنافِعُ إلخ) بل كلامُهم في وُجوبِ إجارَةِ وقفةٍ وأُمِّ ولَدِه ظاهِرٌ في اعتبارِ المنافِعِ نَعَم لا تُعتبَرُ مَنفعَةُ نفسِه كما سَيأتي ا هـ لا مُخالَفةَ بينهما .

(٣) (قوله : ولو كان المالُ مَرهونًا إلخ) مِثلُه ما لو كان موروثًا ، وعلى مورِّثِه دَينٌ ، أو جانيًا تعَلَّقَ الأرشُ برَقبَته .

(٤) (قوله : أو كان لِغيرِ رَشيدٍ إلخ) هذا إنْ كان يلي أمرَهم فإنْ كان لهم وليٌّ خاصٌّ فبسُؤالِه فإنْ لَم يسأل حَجَرَ الحاكِمُ ، وقد ذكروا مِثلَ هذا التفصيلِ في تعجيلِ الزّكاةِ ، وكذا لو كان الدَّينُ لِمُفلِسٍ ، ولَم يطلُبه .

(٥) (قوله : وكذا لو التمَسَه المُفلِسُ) قال السُّبكيُّ : وصورَتُه أن يثبُت الدَّينُ بدَعوى الغُرَماءِ والبيِّنَةِ أو الإقرارِ أو عِلمِ القاضي ، فيطلُبُ المديونُ الحجرَ دونَ الغُرَماءِ ، وإلا لَم يكفِ طَلَبُه ، ولو لَم يدَّعِ الغُرَماءُ فمُقتضَى كلامِ ابنِ الرِّفعَةِ تخريجُ الحجرِ على الحُكْمِ بالعِلمِ ا هـ .

(٦) (قوله : وفي النِّهايةِ إلخ) قال الزَّركشيُّ والأوَّلُ أصوبُ .

(٧) (قوله : اعتبارُ دَينِه فقط) أشارَ إلى تصحيحِه .

قبضُه قَطْعًا ذَكرَه في المهمَّاتِ (١) ، قال : وكلامُ الشافعيِّ في الأمِّ يدُلُّ على أنَّ الدَّينَ (٢) إذا كان به رَهْنٌ يقبضُه الحاكِمُ ، ولو كان المفلِسُ محجورًا عليه بالشرعِ كصَبيٍّ فالمتَّجه ما اقتضاه كلامُهم (٣) أنَّه يُحجَرُ في مالِه على وليِّه ، وقَضيَّةُ كلامِهم أنَّه لا حَجرَ عليه إذا لم يكن له مالٌ ، وتوقَّف فيه الرَّافعيُّ فقال : قد يُقالُ يجوزُ مَنعًا له من التصَرُّفِ فيما عَساه يحدُثُ باصطيادٍ ونَحوِه ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : وهو مُخالِفٌ لِلنَّصِّ (٤) والقياسِ إذ ما يحدُثُ له إنَّما يُحجَرُ عليه تبعًا للموجودِ وما جازَ تبعًا لا يجوزُ قَصدًا (٥) **(والمؤَجَّلُ لا يُحجَرُ به)** إذ لا مُطالَبَةَ به في الحالِ وقد يجِدُ ما يفي به عِندَ توجُّه المطالَبَةِ وكذا لو حَلَّ بعضُه ، وكان الحالُّ قدرًا لا يُحجَرُ به كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ **(ولا يحِلُّ)** المؤَجَّلُ **(بالحجرِ والجُنُونِ)** لأنَّ الأجَلَ حَقٌّ مَقصودٌ للمَديُونِ فلا يفوتُ عليه ولأنَّهما إذا لم يمنَعا ابتِداءَ الأجَلِ فدَوامُه أولى ووقَعَ في أصلِ الروضَةِ تصحيحُ أنَّه يحِلُّ بالجُنُونِ ، وهو مُخالِفٌ لكلامِ الرَّافعيِّ ، وقال الأذرَعيُّ : إنَّه سَهْوٌ فقد صحَّح في تنقيحِه عَدَمَ الحُلُولِ به (٦) ، ولا يحِلُّ إلا بالموتِ أو بالرِّدَّةِ المتَّصِلَةِ (٧) به .

(ويُباعُ مالُ المفلِسِ) أي يبيعُه القاضي بنفسِه أو نائِبُه **(ولو ما اشتراه بمُؤَجَّلٍ)** لِخَبَرِ مُعاذٍ السَّابقِ **(ويُقَسَّمُ)** ثَمَنُه **(على أصحاب الحالِّ)** بِنسبَةِ دُيُونِهم **(ولم)** الأولى

---

(١) (قوله : ذكرَه في المهمَّات) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وكلامُ الأمِّ يدُلُّ على أنَّ الدَّينَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه شيخُنا وجهَه أنَّه في الحقيقَةِ من باب مَصلَحةِ الحاضِرِ بفكِّ الحجرِ عن مِلكِه بلا سَبَبٍ لا من حيثُ قبضُ دَيْنِ الغائِبِ كاتبُه .

(٣) (قوله : فالمتَّجه ما اقتضاه كلامُهم إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال ابنُ الرِّفعَةِ : وهو مُخالِفٌ لِلنَّصِّ والقِياسِ إلخ) ما ذكرَه الرَّافِعيُّ رَأيته مَجزومًا به في شَرائِطِ الأحكامِ لابنِ عبدانَ فقال : الذي يوجِبُ الحجرَ عَشَرَةُ أشياءَ فذكرَها إلى أن قال : الخامِسُ : أنْ تكونَ عليه دُيونٌ كَثيرَةٌ ولا مالَ له ، ويُخافُ عليه إذا اكتَسَبَ مالا أن يُتلِفَه فيحجُرُ عليه الحاكِمُ حتى إذا صارَ في يدِه مالٌ كان لِلغُرَماءِ وكان هو مَمنوعًا من إتلافِه اهـ .

(٥) (قوله : وما جازَ تبعًا لا يجوزُ قَصدًا) قال الأذرَعيُّ : وهذا هو الحقُّ وينبَغِي بناءً على ذلك أنَّ الحجرَ هل هو على مالِه أو نفسِه وفيه وجهانِ حَكاهما ابنُ الرِّفعَةِ فإن قُلنا على نفسِه اتَّجهَ بَحثُ الرَّافِعيِّ ، وإلا فلا لكنَّ الحقَّ أنَّ الحجرَ على مالِه فحيثُ لا مالَ لا حَجرَ .

(٦) (قوله : فقد صحَّحَ في تنقيحِه عَدَمَ الحُلولِ به) وقال البُلقينيُّ : إنَّه الأرجَحُ .

(٧) (قوله : أو بالرِّدَّةِ المتَّصِلَةِ به) أو الاسترقاقِ .

ولا (يُدَّخَر) منه (شيءٌ للمُؤَجَّلِ ولا يُستدامُ لـه الحجرُ) كما لا يُحجَرُ به (فلو لم يُقَسَّم حتّى حَلَّ) المؤَجَّلُ (التُحِقَ بالحالِّ ، ورجع) المالِكُ (في العينِ) إنْ لم تُبع (ومَنْ ساوى دَينُه مالـه) أو نَقَصَ عنه كما فُهِمَ بالأولى (ولو بالأعيانِ المشتراةِ لم يُحجَر عليه ، ولو لـم يكن كسوبًا) بل كـان يُنفِقُ من مالِه لِلتَّمَكُّنِ من الطَّلَب والوفاءِ .

(فصلٌ : يُستحَبُّ للحاكِمِ أنْ يُشهدَ على حَجرِ المفلِسِ) وأنْ يُشهِّرَ النِّداءَ عليه (لِتُحـذَرَ مُعامَلَتُـه ، ويمتنِعُ) عليه (بالحجرِ كُلُّ تصَرُّفٍ ماليٍّ مُفـوِّتٍ في الحياةِ بالإنشاءِ مُبتـدَأً) كما سَيتَّضِحُ [١] (فيصِحُّ نِكاحُـه وطَلاقُه واستِلْحاقُـه النَّسَبَ ونَحوه) كقَودٍ وعَفوٍ عنه (ويصِحُّ احتِطابُه واتِّهابُه والشِّراءُ) والبيعُ (في ذِمَّتِه) إذ لا ضَرَرَ في ذلك على الغُرَماءِ بل فيه نفعُهم قال القاضي والغزاليُّ : وينفُذُ استيلادُه[٢] أي كـالـمـريضِ والسَّفيه فهو مُستثنًى من الماليِّ وشَمِلَ / كلامُهم الدينَ المؤَجَّلَ حتّى ١٨٥/٢
لا يصِحَّ الإبراءُ منـه قال الإسنَوِيُّ : والظَّاهرُ خِلافُه [٣] قال البُلْقينيُّ : وتصِحُّ إجازَتُه لِما فعل مُورِّثُه مِمَّا يحتاجُ إليها بناءً على أنَّها تنفيذٌ ، وهو الأصَحُّ (ولا يصِحُّ بيعُـه وهبتُه ورَهْنُه وكِتابَتُـه) ونَحوُها كشِرائِه بالعينِ ولـو بإذنِ الغُرَماءِ لِتعَلُّقِ حَقِّهم بالأعيانِ كالرَّهْنِ ولأنَّه مَحجورٌ عليه بحُكمِ الحاكِمِ فلا يصِحُّ تصَرُّفُه على مُراغَمَةِ مَقصودِ الحجرِ كالسَّفيه ، قال الأذرَعيُّ : ويجِبُ أنْ يُستثنَى من مَنعِ الشِّراءِ بالعينِ ما لو دَفعَ لـه الحاكِمُ كُلَّ يومٍ نَفَقةً له ولِعيالِه فاشترَى بها فإنَّه يصِحُّ جَزمًا [٤] فيما يظهَرُ ، وأشـارَ إليـه بعضُهم (ويصِحُّ تدبيرُه ووصيَّتُـه [٥] لِعَـدَمِ الضَّرَرِ) لِتعَلُّقِ التفويتِ بما بعدَ الموتِ [٦] (ويصِحُّ إقرارُه بالدَّينِ) من مُعامَلَةٍ أو غيرِها كما لو ثَبَت بالبَيِّنَـةِ وكإقرارِ

---

(١) (قولُه كما يتَّضِحُ) لِتعَلُّقِ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه عَينًا كان أو دَينًا أو مَنفعَةً .

(٢) (قولـه : قال القاضي والغزاليُّ : وينفُذُ استيلادُه إلخ) لَعَلَّهما فرَّعاه على النُّفوذ من الرَّاهنِ المُعسِرِ ، ورَجَّـحَ السُّبكيُّ في التكمِلَـةِ عَدَمَ نُفوذه ، وعليـه جَـرَى الأذرَعيُّ والـزَّركَشيُّ وهـو المُعتمَدُ .

(٣) (قولـه : قال الإسنَويُّ : والظَّاهرُ خلافُه) كلامُهم صَريحٌ في خلافِ ما استظهَرَه الإسنَويُّ وهو الوجه ، قولُه : قال البُلقينيُّ وغيرُه .

(٤) (قوله : فاشترَى بها فإنَّه يصِحُّ جَزمًا) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه أو باعَهم مُتَّهَمٌ بدَينِهم .

(٥) (قوله : ووصيَّتُه) وتصَرُّفُه في ذمَّته .

(٦) (قوله : لِتعَلُّقِ التفويتِ بما بعدَ الموتِ) ثم إنْ فضَلَ المالُ بعدَ دُيونه نَفَذَ ، وإلا فلا ينفُذُ .

المريضِ بدَينٍ يزحَمُ غُرَماءَ الصِّحَّةِ ولِعَدَمِ التُهَمَةِ الظَّاهِرَةِ .

والفرقُ بين الإنشاءِ والإقرارِ أنَّ مَقصودَ الحجرِ مَنعُ التصَرُّف فأُلغي إنشاؤه ، والإقرارُ إخبارٌ والحجرُ لا يسلُبُ العِبارَةَ عنه **(ويثبُتُ)** عليه الدّينُ **(بنُكُولِه)** عن الحلِفِ **(مع حَلِفِ المدَّعي)** كإقرارِه **(فإذا عَزاه)** أي الدّينَ المقرَّ به أي أسنَدَه **(إلى ما قبلَ الحجرِ)** ولو مُعامَلَةً (١) **(أو إلى إتلافٍ)** ولو بعدَ الحجرِ **(زوحِمَ به الغُرَماءُ)** (٢) لا إن أسنَدَه إلى مُعامَلَةٍ بعدَ الحجرِ (٣) لِتقصيرِ من مُعامَلَةٍ ، و **(لا إنْ أطْلَقَ)** الإقرارَ بالدّينِ بأنْ لم يُسنِدْه إلى مُعامَلَةٍ أو إتلافٍ أو أسنَدَه إلى مُعامَلَةٍ ولم يُسنِدْه إلى ما قبلَ الحجرِ ، ولا إلى ما بعدَه **(وتعَذَّرَتْ مُراجعتُه)** فلا يُزاحِمُ به الغُرَماءُ بل ينزِلُ الإقرارُ به على أقَلِّ المراتِب وهو ما بعدَ الحجرِ ؛ لأنَّه المحقَّقُ فيبطُلُ لاحتِمالِ أنَّه عن مُعامَلَةٍ بعدِ الحجرِ أمَّا إذا لم تتعَذَّر مُراجعتُه فيُراجَعُ ؛ لأنَّه يُقبَلُ إقرارُه وفي نُسخَةٍ وكذا إنْ أطْلَقَ إلى آخرِه أي فيُزاحِمُ به الغُرَماءُ ، وهي مُوافِقَةٌ لِتعبيرِ الروضَةِ فيما ذُكِرَ بما قبلَ الحجرِ (٤) وهو سَبْقُ قَلمٍ ، وصَوابُه ما بعدَ الحجرِ كما تقَرَّرَ .

(وإذا أقَرَّ بعَينٍ) كقولِه غَصَبتها (٥) أو استعَرتها أو استودَعتها **(سُلِّمَتْ لِصاحِبِها)** لِصِحَّةِ إقرارِه بها كما لو أقَرَّ بدَينِ إتْلافٍ أو بدَينِ مُعامَلَةٍ (٦) ، وأسنَدَه إلى ما قبلَ الحجرِ ، فلو طَلَبَ الغُرَماءُ يمينَ المقِرِّ له حَلَف كما صرّحَ به ابنُ الصَّبَّاغِ وغيرُه فيما لو لم يكنْ محجورًا عليه ، كذا نَقَله الأذرَعيُّ وأقرَّه (٧) **(ولو اتَّهَبَ مالا أو اشتراه في الذِّمَّةِ وهو محجورٌ عليه دَخَلَ في الحجرِ وقُسِّمَ في الغُرَماءِ)** أي بينهم فيتعَدَّى

---

(١) (قوله : ولو مُعامَلَةً) أي وجَبَ قبلَ الحجرِ ، وإنْ تأخَّرَ لُزومُه إلى ما بعدَ الحجرِ .

(٢) (قوله : زُوحِمَ به الغُرَماءُ) كما لو ثَبَت بالبيِّنَةِ وكإقرارِ المريضِ بدَينٍ يُزاحَمُ به غُرَماءُ الصِّحَّةِ ولِضعفِ التُّهَمَةِ ؛ إذ الضَّرَرُ في حَقِّه أكثرُ .

(٣) (قوله : وهو ما بعدَ الحجرِ) أي في الثانيةِ ، ودَيْنُ المعامَلَةِ في الأُولى .

(٤) (قوله : وهي موافِقَةٌ لِتعبيرِ الرَّوضَةِ فيما قبلَ الحجرِ) عِبارَتُها بخَطِّه : وإنْ أقرَّ بدَيْنٍ ، ولَم ينسُبه فقِياسُ المذهَب التنزيلُ على الأقلِّ ، وجَعلُه كإسنادِه إلى ما قبلَ الحجرِ .

(٥) (قوله : كَقولِه غَصَبتها إلخ) أو سَرَقتها .

(٦) (قوله : كما لو أقرَّ بدَيْنِ إتلافٍ أو بدَيْنِ مُعامَلَةٍ إلخ) مَتى قبلَ إقرارَه فطَلَبَ الغُرَماءُ تحليفه على ذلك لَم يحْلِف على الأصحِّ ؛ إذ لا يُقبَلُ رُجوعُه عنه .

(٧) (قوله : كذا نَقَله الأذرَعيُّ وأقرَّه) الأصحُّ أنَّهم ليس لهم تحليفُه كما أنَّه ليس له تحليفُهم فيما إذا أقرَّ له المفْلِسُ بعَيْنٍ ، وقُلنا بأنَّه لا يُقبَلُ إقرارُه بها .

الحجرُ إلى أموالِه الحادِثَةِ بعدَه لِعُمُومِ مَقصودِه وهو الوفاءُ قال البُلْقينيُّ (١) : ومَحَلُّ تعَدِّيه إذا كان مِلكُه مُستقِرًّا ، أمَّا لو وهبَ له أبوه أو ابنُه أو أوصَى له (٢) به فقَبلَ وقَبَضَ الموهوبُ وهو مَحجورٌ عليه بالفلَسِ فإنَّه يُعتقُ ، وليس للغُرَماءِ تعَلُّقٌ به وكذا نَصُّه في الأُمِّ فيما لو أصَدقَتِ المحجورَةُ أباها (٣) ، وظاهرُ كلامِهم تعَدِّي الحجرِ إلى الحادِثِ ، ولو زادَ مالُه به على الدُّيُونِ فيُحتمَلُ حَملُه على (٤) ما إذا استمَرَّ على النَّقصِ اعتِبارًا بالابتِداءِ ، ويُحتمَلُ بَقاؤُه على إطلاقِه إذ يُغتفرُ في الدّوامِ ما لا يُغتفرُ في الابتِداءِ .

(وللبائعِ الخيارُ) في فسخِ البيعِ (إن جَهِلَ) الإفلاسَ (٥) ، لأنَّه عَيبٌ بخِلافِ ما إذا عَلِمَ لِتقصيرِه (وإن جَنَى) جِنايةً توجِبُ - ولو بالعفوِ مالاً - (وهو مَحجورٌ عليه ضُورِبَ) أي ضارَبَ مُستحِقُّ أرشِ الجِنايةِ (بالأرشِ) إذ لا تقصيرَ منه فيبْعُدُ تكليفُه الانتِظارَ (كدَينِ حادِثٍ تقَدَّمَ مُوجِبُه) على الحجرِ كانهدامِ ما آجَرَه المفلِسُ وقَبَضَ أُجرَتَه وأتلَفَها سواءٌ أحدَثَ قبلَ القِسمَةِ أم بعدَها ، وهذا من زيادَتِه ، وقولُه في الموضِعَينِ : وهو مَحجورٌ عليه زيادَةُ إيضاحٍ (ومُؤْنَةُ المالِ كأجرَةِ الكيَّالِ والحمَّالِ) وكذا البيتُ الذي فيه المالُ (مُقَدَّمَةٌ على الغُرَماءِ) لأنَّها لِمَصلحَةِ الحجرِ هذا (إن عَدِمَ مُتبَرِّعٌ) بها (ولم يتَّسِع بيتُ المالِ) وإلا فلا يُصرَفُ إليها من مالِ المفلِسِ شيءٌ (وله الرَّدُّ بالعيبِ إن كان) فيه (غِبطَةٌ) وليس كما لو باعَ بها لأنَّ الفسخَ ليس تصَرُّفًا مُبتدَأً فيُمنَعُ منه ، وإنَّما هو من أحكامِ البيعِ الذي لم يشمَلْه الحجرُ . وقَضيَّةُ كلامِهم جوازُ رَدِّه حينَئِذٍ دون لُزومِه (٦) وبه صرّحَ القاضي (٧)

---

(١) (قوله : قال البُلقِينيُّ) أي وغيرُه .

(٢) (قوله : أو أوصَى له به) أي أو ورِثَه .

(٣) (قوله : فيما لو أصَدقَت المحجورَةُ أباها) أو أوصَى لها به أو ورِثَتْه

(٤) (قوله : فيُحتمَلُ حَملُه على ما إذا استمر إلخ) الثاني هو الظَّاهرُ وهو مُقتضَى كلامِهم .

(٥) (قوله وللبائعِ الخيارُ إن جَهِلَ الإفلاسَ) فإنْ لَم يفسَخ لَم يُزاحِم الغُرَماءَ بالثمَنِ فقد قال القموليُّ في جَواهرِه فإنْ قُلنا لا خيارَ له أو له الخيارُ ، فلَم يفسَخ ففي مُضارَبَته بالثمَنِ وجهانِ ، أصحُّهما لا . ا هـ . وعِبارَةُ العُباب : ولِبائِعِه الخيارُ إن جَهِلَ فإن عَلِمَ أو أجازَ لَم يُزاحِم الغُرَماءَ بالثمَنِ لِحُدوثِه برضاه ا هـ . فثبَت أنَّه لا يُضارِب بحالٍ بل يرجِعُ في العينِ إن جَهِلَ قال شيخُنا : ووقَعَ لِلشَّارِحِ في شرحِ المنْهَجِ ما يُخالِفُ ذلك .

(٦) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِهم جَوازُ رَدِّه حينَئِذٍ دونَ لُزومِه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : وبه صَرَّحَ القاضى إلخ) قال الأذرَعيُّ : وهو ظاهرُ كلامِ الأئمَّةِ

والدّارِميُّ ، إذ ليس فيه تفويتٌ لِحاصِلٍ وإنَّما هو امتِناعٌ من الاكتِساب . واستُشكِلَ بما نَقَله الرَّافعيُّ عن النَّصِّ من أنَّ مَن اشترَى في صِحَّتِه شَيئًا ثُم مَرِضَ واطَّلَعَ فيه على عَيبٍ ، والغِبْطَةُ في رَدِّه ، ولم يرُدَّ حَسَبَ ما نَقَصَه العيبُ من الثُّلُثِ فدَلَّ على أنَّه تفويتٌ / وقَضِيَّتُه لُزومِ الرَّدِّ هنا وفرَّق بأنَّ حَجرَ المَرضِ أقوى بدَليلِ أنَّ إذنَ الورَثَةِ في تصَرُّفِ المريضِ قبلَ مَوتِه لا يُفيدُ شَيئًا [١] وإذنُ الغُرَماءِ فيما يفعَلُه المفلِسُ يُفيدُه الصِّحَّةَ [٢] ، ويُفرَّقُ أيضًا بأنَّ الضَّرَرَ اللاحِقَ للغُرَماءِ بتركِ الرَّدِّ قد يُجبَرُ بالكسب بعدُ بخِلافِ الضَّرَرِ اللاحِقِ للورَثَةِ بذلك ، وكلامُه شامِلٌ لِرَدِّ ما اشتراه قبلَ الحجرِ وما اشتراه في الذِّمَّةِ بعدَه [٣] ، وهو أولى من كلامِ أصلِه لِقُصورِه على الأُولى ، أمَّا إذا كانتِ الغِبْطَةُ في الإبقاءِ فلا رَدَّ له لِما فيه من تفويتِ المالِ بلا غَرَضٍ ، وقَضيَّةُ كلامِه [٤] أنَّه لا يَرُدُّ أيضًا إذا لم يكنْ غِبطَةٌ أصلا [٥] لا في الرَّدِّ ولا في الإبقاءِ ، وقد صرَّحَ الإمامُ بخِلافِه ، وكلامُ الأصلِ فيه مُتدافِعٌ [٦] **(فإن حدَثَ)** بالمبيعِ **(عَيبٌ آخَرُ)** عِندَ المفلِسِ **(امتُنِعَ الرَّدُّ)** القَهريُّ **(ووجَبَ)** له **(الأرشُ)** لِما مَرَّ في خيارِ النَّقْصِ **(ولم يملِكْ إسقاطَه)** لِلتَّفويتِ **(وله الفسخُ بالخيارِ والإجازَةِ مُطلَقًا)** [٧] ١٨٦/٢

---

(١) (قوله : لا يُفيدُ شيئًا) قَطعًا .

(٢) (قوله : يُفيدُ الصِّحَّةَ) أي على رَأيٍ أو انضَمَّ إلى إذنِهم إذنُ الحاكِمِ .

(٣) (قوله : وما اشتراه في الذِّمَّةِ بعدَه) قال الإسنَويُّ : والمُتَّجه التسويةُ وابنُ النقِيب بل الرَّدُّ فيه أولى ولَعَلَّ سُكوتهم عنه ، لِذلك قال شيخُنا : والمُتَّجه عَدَمُ الرَّدِّ لِتلَفِ حَقِّهم به ، والفرقُ بينه وبين ما اشتراه قبلَ الحجرِ أنَّ الرَّدَّ هناكَ يستلزِمُ حُصولَ الثمَنِ لِلغُرَماءِ ، وهنا يفوتُ عليهم مجَّانًا ، وقولُهم : إنْ كانت الغِبطَةُ في الرَّدِّ قد يُشيرُ إلى ذلك إلا أنْ يكونَ المُرادُ الغِبطَةَ لِلمُفلِسِ وحدَه ف . س خَرَجَ بقولِهم إنْ كانت الغِبطَةُ في الرَّدِّ ما إذا اشترَى شيئًا بثَمَنٍ في ذمَّته من عالِمٍ بحَجرِه أو جاهلٍ به ، وأجازَ ثم اطَّلَعَ على عَيبه فإنَّه لا رَدَّ له لِتلَفِ حَقِّ الغُرَماءِ به مع عَدَمِ مُزاحَمَةِ بائِعِه لهم .

(٤) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِه) أي كالمنهاجِ وأصلِه والحاوي وقولُه : إنَّه لا يُرَدُّ أيضًا إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : إذا لَم تكُنْ غِبطَةٌ أصلا إلخ) بأنْ كان مَعيبًا أكثرَ قِيمَةً من الثمَنِ .

(٦) (قوله : وكلامُ الأصلِ فيه مُتدافِعٌ) قال في المُهمَّات : والمنقولُ في نَظِيرِه وهو الرَّدُّ بالخيارِ تفريعًا على اعتبارِ الغِبطَةِ فيه الجوازُ عندَ الاستواءِ ذكرَه في النِّهايةِ قال إلا أنْ يُفرَّقَ باستقرارِ المِلكِ على المبيعِ دونَ زَمَنِ الخيارِ .

(٧) (قوله : وله الفسخُ بالخيارِ والإجازَةِ مُطلَقًا) قال الرَّافِعيُّ : لأنَّ العقدَ في زَمَنِ الخيارِ مُزلزَلٌ فلا يتعَلَّقُ حَقُّ الغُرَماءِ بالمعقودِ عليه أو يضعُفُ التعَلُّقُ به .

عن التقْييدِ بالغِبْطَةِ لِعَدَمِ استِقرارِ مِلْكِه ولأنَّه ليس تصرُّفًا مُبْتدأً .

(فصلٌ : غُرَماءُ الميّتِ لا يحلِفون إنْ نَكلَ الوارِثُ) عن اليمينِ المردودَةِ أو يمينِ الاستِظْهارِ أو مع الشاهدِ ، إذ ليس لهم إثباتُ حَقِّ غيرِهم لِمَصلحَتِهم بل إذا ثبَت تعَلُّقُ حَقِّهم بـه (وكذا غُرَماءُ المفلِسِ) لا يحلِفونَ إنْ نَكلَ عمّا ذُكِرَ لِذلك ، وكلامُه في هذِه والتي قبلها أعَمُّ من كلامِ أصلِه ، وليس للغُرَماءِ ابتِداءُ الدّعوى ؛ إذ ترَكها الوارِثُ[1] أو المفلِسُ ذكَره الأصلُ.

(فصلٌ : ولِصاحِبِ الدّينِ الحالّ) ولو ذِمّيًّا (مَنْعُ) المذْيُونِ (الموسِرِ[2] بالطَّلَب من السَّفرِ) المخوفِ وغيرِه بأنْ يُشغِله عنه برَفْعِه إلى الحاكِمِ ومُطالَبَتِه (حتّى يُوفيه) دَينَه ، لأنّ أداءَه فرضُ عَينٍ بخِلافِ السَّفرِ ، نَعَم إن استنابَ مَنْ يُؤَدِّيه من مالِه الحاضِرِ فليس لـه مَنْعُـه ، والتصريحُ بـذِكرِ الموسِرِ من زيادَتِـه (لا صـاحِبِ المؤَجَّلِ) فليس له مَنْعُه من السَّفرِ (ولو كان السَّفرُ مَخوفًا) كجِهادٍ أو الأجَلُ قَريبًا ؛ إذ لا مُطالَبَةَ به في الحالّ (ولا يُكلَّفُ) مَنْ عليه المؤَجَّلُ (رَهنًا و) لا (كفيلا ولا إشهادًا) لأنَّ صاحِبَه هو المضَيِّعُ لِحَظِّ نفسِه حَيثُ رَضي بالتأجيـلِ من غيرِ رَهْنٍ وكفيـلٍ وإشهادٍ (وله السَّفرُ صُحبتَه) ليُطالِبَه عِنْدَ حُلُولِه (بشرطِ أنْ لا يُلازِمَـه) مُلازَمَةَ الرَّقيب[3] ، لأنَّ فيه إضرارًا به .

---

(١) (قولُه وليس لِلغُرَماءِ ابتداءُ الدَّعوى إذا ترَكَها الوارِثُ إلخ) قال البُلقِينيُّ إذا أحالَ بدَيْنِه على إنسـانٍ ومات المُحِيلُ بلا وارِثٍ ، فادَّعَى المُحْتالُ أو وارِثُه على المُحالِ عليه ، أو على وارِثِه بالدَّيْنِ المُحالِ فيه فأنكَرَ المُدَّعَى عليه دَيْنَ المُحِيلِ ، ولَمْ يكُنْ به إلا شاهدٌ واحدٌ ، فهل لِلمُحتالِ الحلِفُ معه أم هو كمَسألَةِ غُرَماءِ الميّت أو المُفْلِسِ ؟ لَم أجِد فيه نَقلا صَريحًا لكنْ في أوائِلِ فتاوى ابنِ الصَّلاحِ رَجُلٌ اشترَى سَهمًا شائِعًا من مِلكٍ وغابَ البائِعُ فأثبَت المُشتري أنَّ المِلكَ المذكورَ لَم يزَل مِلكَ أبي البائِعِ إلى أنْ مات وخَلَفه لِورَثَته وأثبَت حَضرَهم ، وأنَّ البائِعَ يخُصُّه من المِلكِ القدرُ المبيعُ فادَّعَى أخو البائِعِ أنَّ أباه وهَبَه ذلك المِلكَ جَميعَه هبةً صحيحةً مَقبوضَةً وأثبَت ذلك فادَّعَى المُشتري في غيبةِ البائِعِ أنَّ الأبَ رَجَعَ في الهبـةِ المذْكورَةِ ، وأقامَ بذلك شاهدًا فهل تُسمَعُ دَعواه في ذلك ويحْلِفُ مع شاهدِه أم لا ؟ فأجابَ ابنُ الصَّلاحِ بأنَّه تُسمَعُ الدَّعوى منه في ذلك ، ويحْلِفُ مع شاهدِه هذا هو الظّاهرُ فإنَّه يدَّعي مِلكًا لِغيرِه مُنتقِلا منه إليه فهو كالوارِثِ فيما يدَّعيه من مِلكٍ لِمورِّثِه ا هـ ، وقولُه : فهل لِلمُحتالِ الحلِفُ معه أشارَ إلى تصحيحِه ، وكذا قولُه فأجابَ ابنُ الصَّلاحِ إلخ .

(٢) (قوله : ولِصاحِبِ الدَّيْنِ الحالّ مَنعُ الموسِرِ إلخ) يحْرُمُ عليه السَّفرُ إلا بإذْنِه .

(٣) (قوله : مُلازَمَةَ الرَّقِيبِ) أي الحافِظِ.

(فصلٌ : يحرُمُ حَبْسُ مَنْ ثَبَت إعسارُه ومُلازَمَتُه ويجِبُ إنظارُه) حتّى يُوسِرَ لقوله تعالى : ﴿وإنْ كان ذو عُسرَةٍ فنَظِرَةٌ إلى مَيسَرَةٍ﴾ [البقرة : ٢٨٠] بخِلافِ مَنْ لم يثبُتْ إعسارُه يجوزُ حَبْسُه ومُلازَمَتُه إلى أنْ يثبُت إعسارُه .

(وعلى الموسِرِ الأداءُ) لِلدَّينِ الحالِّ فورًا بقدرِ الإمكانِ (إنْ طولِبَ) به لِخَبَرِ
٢/١٨٧ الصَّحيحَينِ : «مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ» (١) إذ لا يُقالُ / : مَطَلَه إلا إذا طالَبَه فدافعَه (فإن امتنَعَ) من أدائِه (أمَرَه الحاكِمُ به فإن امتنَعَ) وله مالٌ ظاهرٌ وهو من جِنْسِ الدّينِ ، وفي مَنعِه أو من غيرِه (باعَ الحاكِمُ) عليه (ماله) إن كان في مَحَلِّ وِلايتِه (٢) (أو أكرَهَه بالتعزيرِ) أي مع التعزيرِ بحَبْسٍ أو غيرِه (على البيعِ) ووفَّى الدّينَ والمرادُ بيعُ ما يفي بالدّينِ من مالِه لا بيعُ جَميعِه مُطْلَقًا أمّا (٣) ، إذا لم يُطالَبْ به فلا يجِبُ ذلك ، وإن كان سَبَبُ الدّينِ مَعصيةً ، ولا يُنافيه الوُجوبُ في هذِه للخُروجِ من المعصيةِ لأنَّ الكلامَ في الوُجوب للحُلُولِ والتخيِيرِ فيما ذُكِرَ بين البيعِ والإكراه ، قال السُّبْكِيُّ : يظْهَرُ أنَّ مَحَلَّه إذا طَلَبَ المدَّعي حَقَّه بغيرِ تعيينٍ فلو عَيَّنَ طَرِيقًا فينبغي أنْ لا يجوزَ للحاكِمِ فعلُ غيرِها ، لأنَّه إنَّما يفعَلُ بسُؤَالِه ، وكلامُ القَفَّالِ الكبيرِ يُشعِرُ به (٤) .

(ولو التمَسَ غَريمُ الممتنِعِ) من الأداءِ (الحجرَ عليه) في مالِه (أُجيبَ لِئَلا يُتلَف مالُه) ولِما رواه مالِكٌ عن عُمَرَ رضي الله عنه ولم يُخالِفه أحدٌ أنَّه قال ألا إنَّ الأُسَيفعَ أُسَيفعَ جُهَينَةَ رَضي من دينِه وأمانَتِه بأنْ يُقال سَبَقَ الحاجُّ فادَّانَ مُعرِضًا أي عن الوفاءِ فأصبَحَ وقد دينَ به أي غَلَبَ عليه فمَنْ كان له عِندَه شيءٌ فلْيحضُر غَدًا فإنَّا بايعوا ماله وقاسَمُوه بين غُرَمائِه ، ثُم إيَّاكُم والدّينَ فإنَّ أوله هَمٌّ ، وآخِرُه حَربٌ ،

---

(١) رواه البخاري ، كتاب الاستقراض وأداء الديون ... ، باب مطل الغنى مظلم ، حديث (٢٤٠٠) ، رواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ... ، حديث (١٥٦٤) .

(٢) (قوله : ولو كان المالُ في غيرِ مَحَلِّ وِلايته) لأنَّ الوِلايةَ عليه ترتبطُ بمالِه وقد ذكرَ المُصَنِّفُ كأصلِه المسألَةَ في آخرِ باب القضاءِ على الغائِب .

(٣) (قوله : لا يبيعُ جَميعَه مُطلَقًا) أي إلا أن لا يجِدَ راغِبًا في شِراءِ البعضِ فيبيعَ الكُلَّ لِلضَّرورَةِ .

(٤) (قوله : وكلامُ القفَّالِ الكَبيرِ يُشعِرُ به) فيه نَظَرٌ ، فإنَّ حَقَّ المُدَّعي في تخليصِ حَقِّه لا في طَرِيقٍ بعَيْنِه فالحقُّ أنَّ الخيرَةَ في ذلك لِلحاكِمِ ولو عَيَّنَ المُدَّعي طَرِيقًا كما هو مُقتضَى إطْلاقِهِم ع وذكرَ نحوه الأذْرَعِيُّ ، وقولُه : كما هو مُقتضَى إطْلاقِهِم أشارَ إلى تصحيحِه .

وليس هذا الحجرُ حَجرَ فلَسٍ بدَليلِ أنَّه لا يُشترَطُ زيادَةُ الدّينِ على مالِه [١] (فإن أخفاه) بقَيدٍ صرّحَ به من زيادَتِه في نُسخَةٍ بقولِه (وهو مَعلُومٌ) أي بإقرارٍ أو بَيِّنَةٍ أو غيرِهما وطَلَبَ غَرِيمُه حَبْسَه (حُبسَ) حُجِرَ عليه أولا (حتّى يُظهرَه) لأنّه طَرِيقٌ لِتوفيةِ الحقِّ قال المتولّي : وعليه عَمَلُ القُضاةِ وفي البيهقيّ أنَّـه « ﷺ حَبَسَ رَجُلا أعتـقَ شِقصًا له من عبدٍ في قيمَةِ الباقي» وفي البُخاريِّ تعليقًا وأبي داوُد بإسنادٍ صحّحه الحاكِمُ أنّه ﷺ قال : «لَيُّ الواجِدِ يُحِلُّ عِرضَه وعُقوبَته» [٢] أي مَطْلُ القادِرِ ، ويُحِلُّ ذَمَّه وتعزيرَه وحَبْسَه (فإنْ لم ينزَجِر) بالحبْسِ (ورأى) الحاكِمُ (ضَربَه) أو غيرَه (فعل) ذلك وإنْ زادَ مجْمُوعُه على الحدِّ ولا يُعَزِّره ثانيًا حتّى يبرَأَ مـن الأولِ وقد يُقالُ في تعَيُّنِ الحبْسِ أولا نَظَرٌ ، بل القياسُ خِلافُه كسائِرِ التعازيرِ ، ويُجابُ بأنَّ ذاك في تعزيرٍ لِمَحضِ التأديب لا في تعزيرٍ لِتوفيةِ حَقٍّ امتنعَ مَنْ عليه من أدائِه فيتعَيَّنُ ما عَيَّنَه وهذا قَريبٌ مِمّا مَرَّ عن السُّبكيّ وعليه يلزَمُ أنَّه لو عَيَّنَ لـه غيرَ الحبْسِ تعَيَّنَ فإن ادَّعَى تلَف مالِه ، وأنَّه مُعسِرٌ طولِبَ بالبَيِّنَةِ [٣] (فإن أقامَ بَيِّنَةً بتلَفِه قُبِلَتْ) ولا يحلِفُ ، لأنَّ فيه تكذيبَها (وكذا) تُقْبَلُ إنْ أقامَها ولو في الحالِّ (بإعسارِه) ووقَعَتِ الشهادَةُ به (من خَبيرٍ بباطِنِه) [٤] بطولِ الجِوارِ وكثرَةِ المخالَطَةِ فإنَّ الأموالَ تخفَى وإنَّما سُمِعَتِ البَيِّنَةُ بذلك - وإن تعَلَّقَتْ بالنَّفْيِ - للحاجَةِ كشَهادَةِ أنْ لا وارِثَ وغيرِه (ويُعتمَدُ قولُه) أي الشاهدِ بإعسارِه (أنَّه خَبيرٌ) بباطِنِه وإنْ عَرَفه الحاكِمُ كفى .

(وإن ادَّعَى المديُونُ الإعسارَ فإن لَزِمَه الدّينُ في مُقابَلَةِ مالٍ) كشِراءٍ وقَرضٍ (فهو كدَعوى هَلاكِه) فيُطالَبُ ببَيِّنَةٍ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ ما وقَعَتْ عليه [٥] المعامَلَةُ

---

(١) (قولُه : بدَليلِ أنّه لا تُشترَطُ زيادَةُ الدَّيْنِ على مالِه) شَمِلَ ما لو زادَ مالُه على دَيْنِه ، وهو كذلك ؛ لأنَّه ليس بحَجْرِ إفلاسٍ ، وإنَّما هو لأجلِ العِنادِ والمُمانَعَةِ ، وقَصْدُه الإضرارُ .

(٢) رواه أبـو داود (٣/٣١٣) كتـاب الأقضيـة ، بـاب في الحبس في الـدين وغيره ، حـديث (٣٦٢٨) ، والنسـائي (٧/٣١٦) حـديث (٤٦٩٠) ، وابـن ماجــه (٢/٨١١) حــديث (٢٤٢٧) .

(٣) (قوله : فإنِ ادَّعَى تلَفَ مالِه وأنَّه مُعسِرٌ طولِبَ بالبيِّنَةِ) لَم يُفرِّقوا بين أن يدَّعي تلَفه بسَبَبٍ ظاهرٍ أو لا .

(٤) (قوله : من خَبيرٍ بباطِنِه) قال الإمامُ : قال الأئِمّةُ : تُعتبَرُ الخبرَةُ الباطِنَةُ في ثَلاثِ شَهاداتٍ : الشهادَةُ على أنْ لا وارِثَ له ، والشهادَةُ على العدالَةِ والإعسارِ .

(٥) (قوله لأنَّ الأصلَ بَقاءُ ما وقَعَتْ عليه المُعامَلَةُ)قَضيَّةُ التعليلِ المذكورِ أنَّ المُرادَ بالمالِ ما يبقَى أمَّا ما لا يبقَى كاللَّحْمِ ونحوِه فيُقبَلُ قولُه فيه بيمينِه .

(وإلا) بأن لَزِمَه الدّينُ لا في مُقابَلَةِ مالٍ (١) **(فيُقبَلُ قولُه بيمينِه)** سواءٌ أَلزَمَه باختيارِه كضَمانٍ وصَداقٍ (٢) أم بغيرِ اختيارِه كأرشِ جِنايةٍ وغرامَةِ مُتلَفٍ ؛ لأنَّ الأصلَ العدَمُ ولو ظهَرَ غَريمٌ آخَرُ قال في البَيانِ : (٣) لا يحلِفُه ثانيًا لِثُبوتِ إعسارِه باليمينِ الأُولى ، ومَحَلُّ التفصيلِ المذكُورِ إذا لم يسبِقْ منه إقرارٌ فكالحجرِ فلو أقَرَّ بها ثُم ادَّعَى الإعسارَ ففي فتاوى القَفّالِ : لا يُقبَلُ قولُه إلا أنْ يُقيمَ بَيِّنَةً بذَهاب مالِه (٤) .

(فرعٌ : يثبُتُ الإعسارُ بشاهدَينِ) (٥) يشهَدانِ **(أنّه مُعسِرٌ لا يملِكُ إلا قوت يومِه وثيابَ بَدَنِه)** قال البُلْقينيُّ : هذا غيرُ صَحيحٍ لأنَّه قد يكونُ مالِكًا لِغيرِ ذلك وهو مُعسِرٌ كأنْ يكونَ له مالٌ غائِبٌ(٦) بمَسافةِ القَصرِ فأكثَرَ ، ولأنَّ قوت يومِه قد يُستغنَى عنه بالكسب ، وثيابُ بَدَنِه قد تزيدُ على ما يليقُ به فيصيرُ مُوسِرًا بذلك
٢/١٨٨ فالطَّريقُ / أنْ يشهَدا أنَّه مُعسِرٌ (٧) عاجِزٌ العجزَ الشرعيَّ عن وفاءِ شيءٍ من هذا الدّينِ أو ما في معنى ذلك انتهى .

وأفادَ تعبيرُهم بشاهدَينِ أنّه لا يكفي رَجُلٌ وامرأتانِ ولا شاهدٌ ويمينٌ ، وأنّه لا يُشترَطُ ثَلاثَةٌ كسائِرِ الحُقوقِ ، وأمَّا قولُه ﷺ فيما رواه مُسلِمٌ : «لِمَن ذَكَرَ له أنَّ جائِحَةً أصابَتْ مالَه ، وسَأله أنْ يُعطيه من الصَّدَقَةِ حتّى يشهَدَ ثَلاثَةٌ من ذَوِي الحِجا من

---

(١) (قوله : وإلا بأن لَزِمَه الدَّينُ لا في مُقابَلَةِ مالٍ) أي ولَم يُعهَد له مالٌ .

(٢) (قوله : كَضَمانٍ وصَداقٍ) أي وأُجرَةٍ كما ذكرَه البُلقِينيُّ .

(٣) (قوله : قال في البيانِ إلخ) وارتضاه ابنُ عُجَيْلٍ وهو ظاهِرٌ .

(٤) (قوله : إلا أنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً بذَهاب مالِه) أو بالوجه الذي صارَ به مُفلِسًا ، وله تحليفُ المُدَّعي أنَّه لا يعلَمُ ذَهابَ مالِه الذي أقرَّ أنَّه مَليءٌ به ، ولا يلزَمُه أن يحلِفَ أنَّه لا يعلَمُ ذَهابَ مالِه ؛ لأنَّه رُبَّما يعلَمُ ذَهابَه لكنْ يعلَمُ ذَهابَ مالِه الذي أقرَّ به .

(٥) (قولُه : يثبُتُ الإعسارُ بشاهدَينِ إلخ) لو علِمَ القاضي إعسارَه جازَ الحُكمُ به خلافًا لِلإمامِ ولو قال لِغَريمِه : أبرِئْني فإنِّي مُعسِرٌ فأبرأه ثم بانَ يسارُه بَرِئَ ، ولو قَيَّدَ الإبراءُ بعَدَمِ ظُهورِ المالِ لَم يبرأْ ذكرَه الرُّويانيُّ في البحرِ .

(٦) (قوله : كأنْ يكونَ له مالٌ غائِبٌ إلخ) أو له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ أو على مُعسِرٍ أو جاحدٍ ولا قُدرَةَ له على إثباته أو أُمُّ ولَدٍ أو آبِقٌ ، وحَصيرٌ ولِبَدٌ قَليلا القِيمَةِ أو مَغصوبٌ .

(٧) (قوله : فالطَّريقُ أنْ يشهَدَ أنَّه مُعسِرٌ إلخ) أو أشهَدُ أنَّه مُعسِرٌ لا مالَ له يجِبُ وفاءُ شيءٍ من هذا الدَّينِ منه ، فإنْ لَم يكُنْ هناكَ دَيْنٌ بل المُرادُ ثُبوتُ الإعسارِ من غيرِ نَظَرٍ إلى خُصوصِ دَيْنٍ فيقولُ : أشهَدُ أنَّه مُعسِرٌ الإعسارَ الذي تحرُمُ معه المُطالَبَةُ بشيءٍ من الدَّيْنِ .

قومِه» (١) فمَحمُولٌ على الاحتياطِ (ولا يقتصِران) في شَهادَتِهما بالإعسارِ (على أنَّه لا مِلْكَ له) حتّى لا تتمَحَّضَ شَهادَتُهما نفيًا (٢) (ويجِبُ) مع البَيِّنَةِ (تحليفُه) على إعسارِه (باستِدْعاءِ الخصمِ) أي طَلَبه لِجوازِ اعتِمادِ الشاهدَينِ الظّاهرَ فإنْ لم يُستدْعَ الخصمُ لم يحلِف (٣) كيمينِ المدَّعَى عليه (وله تحليفُ الغُرَماءِ أنَّهم لا يعلَمُونَ إعسارَه) إذا ادَّعاه عليهم (فإن نَكلُوا) عن اليمينِ (حَلَف (٤) وثَبَت إعسارُه وإنْ حَلَفوا حُبِسَ وإن ادَّعَى ثانيًا وثالِثًا) وهكذا (أنَّه بانَ لهم إعسارُه حَلَفوا حتّى يظْهَرَ) للحاكِمِ (أنَّ قَصدَه الإيذاءُ) وعَكسُه لو ثَبَت إعسارُه فادَّعَوا بعدَ أيّامٍ أنَّه استفادَ مالا وبَيَّنُوا الجِهَةَ التي استفادَ منها فلهم تحليفُه إلا أنْ يظْهَرَ قَصدُ الإيذاءِ ، وصرّحَ الأصلُ بقَبولِ قولِه في هذِه ما عَدا المستثنَى .

(فصلٌ : يأمُرُ القاضي) وُجوبًا (مَن يبحَثُ) أي اثنَينِ يبحَثانِ بقدرِ الطّاقَةِ (عن حالِ) المحبوسِ (الغريب) الذي لا تُمكِنُه إقامَةُ البَيِّنَةِ بإعسارِه (ليُتوصَّلَ بغَلَبَةِ الظَّنِّ) بإعسارِه (إلى الشهادَةِ بإعسارِه كي لا يتخَلَّدَ حَبسُه فإن وُجِدَ في يدِ المعسِرِ مالٌ فأقَرَّ به لِرَجُلٍ وصَدَّقَه أخَذَه) (٥) منه ولا حَقَّ فيه للغُرَماءِ (ولا يحلِفُ المعسِرُ أنّي ما واطَأته) أي المقَرَّ له على الإقرارِ ، لأنَّه لو رجع عن إقرارِه لم

---

(١) مسلم ، كتاب الزكاة ، باب مَن تحل له المسألة ، حديث (١٠٤٤) .

(٢) (قوله : حتى لا تتمَحَّضَ شَهادَتُهما نفيًا) فإنْ تمَحَّضوا ففي شرحِ التنبيه لِلعُبَيْليِّ أنَّه لا تُرَدُّ شَهادَتُهم ا هـ . ونَصَّ الشافِعِيُّ في الشاهدِ بحَصْرِ الورَثَةِ أنَّه يقولُ : لا أعلَمُ أنَّه لا وارِثَ له ، ولا يُمَحِّضُ النفيَ بأن يقولَ : لا وارِثَ فلو مَحَّضَه فقد أخطأ ولا تُرَدُّ شَهادَتُه قال الزَّرْكَشِيُّ : فليكُنْ مِثلَه .

(٣) (قوله : فإنْ لَم يُستدعَ الخصمُ لَم يحلِف) كَيمينِ المُدَّعَى عليه لو كان الدَّينُ لِمَحجورٍ عليه أو لِغائبٍ أو جِهَةٍ عامَّةٍ لَم تتوقَّفِ اليمينُ على الطَّلَب ، وإنَّما يكتفي ببَيِّنَةِ الإعسارِ إذا لَم تُعارِضها بَيِّنَةُ يسارِه ، فإنْ عارَضَتْها بَيِّنَةُ يسارِه فهي مُقَدَّمَةٌ عندَ الفقيه أحمَدَ بنِ موسَى عُجَيْلٍ والفقيه عَلِيِّ بنِ قاسِمٍ الحكَمِيِّ ، وصَرَّحَ بذلك المحامِلِيُّ في المقنِعِ وابنُ عبدِ السَّلامِ في القواعِدِ والجيلِيُّ في شرحِه ، وأفتى به ابنُ أبي الصَّيفِ وقال الفقيه عَلِيُّ بنُ مَسعودٍ والفقيه محمَّدُ بنُ عَلِيٍّ الحضرَمِيُّ : إنَّه إنْ جُهِلَتْ حالُه قُدِّمَت بَيِّنَةُ اليسارِ ، وإنْ عُرِف له مالٌ قبلَ ذلك قُدِّمَت بَيِّنَةُ الإعسارِ .

(٤) (قوله : فإنْ نَكلوا حَلَف) وثَبَت إعسارُه كما يثْبُتُ بحُكْمِ القاضي به إذا عَلِمَه قال شيخُنا تقدَّمَ قَريبًا .

(٥) (قولُه فإنْ وُجِدَ في يدِ المُعسِرِ مالٌ فأقَرَّ به لِرَجُلٍ ، وصَدَّقَه أخَذَه إلخ) لو شَهِدا ....=

يُقبل (وإنْ كذَّبَه) المقرُّ له (أخذَه الغُرَماءُ ولم) الأولى ولا (يُلتفتْ إلى إقرارِه به لآخَرَ) لِظُهورِ كذِبه في صَرفِه عنه (وإن أقرَّ به لِغائِبٍ انتظَرَ قُدومَه) فإنْ صَدَّقَه أخَذَه وإلا أخَذَه الغُرَماءُ ، قال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ أنَّ الطِّفلَ (١) ونَحوه كالغائِب انتهى .

وظاهرٌ أنَّه إن صَدَّقَه الوليُّ فلا انتِظارَ (٢) ، وأنَّ المفلِسَ لو أقرَّ بذلك لِمجهولٍ لم يُقبل منه كما اقتضاه كلامُهم ، وصرّحَ به الرُّويانيُّ وغيرُه (والوالِدُ) ذَكَرٌ أو أُنثَى (لا يُحبَسُ بدَينِ الولَدِ) كذلك وإنْ سَفلَ ، ولو صَغيرًا وزَمِنًا ؛ لأنَّه عُقوبَةٌ ولا يُعاقَبُ الوالِدُ بالولَدِ وقيلَ يُحبَسُ ، والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَتِه (٣) ولا فرقَ بين دَينِ النَّفقةِ وغيرِها ، وكذا لا يُحبَسُ المكاتبُ بالنُّجومِ (٤) كما يأتي في أدَب القَضاءِ ، وكذا الذي استُؤْجِرَ عَينُه وتعَذَّرَ عَمَلُه في الحبْسِ تقديمًا لِحَقِّ المستأجِرِ كالمرتهنِ ، ولأنَّ العمَلَ مَقصودٌ بالاستِحقاقِ في نفسِه بخِلافِ الحبْسِ ليس مَقصودًا في نفسِه بل يُتوصَّلُ به إلى غيرِه ذكَرَه في الروضَةِ في باب الإجارَةِ عن فتاوى الغزاليِّ وأقَرَّه ، قال السُّبكيُّ : وعلى قياسِه لو استعدَى على مَن استُؤْجِرَ عَينُه وكان حُضورُه للحاكِمِ يُعَطِّلُ حَقَّ المستأجِرِ ينبغي أنْ لا يحضُرَ (٥) ، ولا يعترِضُ باتِّفاقِ الأصحاب على إحضارِ المرأةِ البَرزَةِ وحَبسِها ، وإن كانت مُزَوَّجَةً ؛ لأنَّ للإجارَةِ أمَدًا يُنتظَرُ ، ويُؤخَذُ مِمَّا قاله أنَّ الموصَى بمَنفعَتِه كالمستأجِرِ (٦) إن أوصَى بها مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، وإلا

= بأنَّ ذلك مِلكٌ لِلمُفلِسِ وأقرَّ هو لِغيرِه قُدِّمَ الإقرارُ قال صاحِبُ التتمَّةِ والإبانَةُ : ولو كان المُقَرُّ له طِفلًا أو مجنونًا فله أن يحلِف ، وتسقُطَ عنه المُطالَبةُ في الحالِ ، ولو قال : هذا المالُ ليس لي ، ولَم يُعَيِّنْ شَخصًا فلِلغُرَماءِ ، ولو قال لِغَريمِه : أبرِئْني فإنِّي مُعسِرٌ فأبرَأه ثم بانَ يسارُه بَرِئَ ، ولو قَيَّدَ الإبراءَ بعَدَمِ ظُهورِ المالِ لَم يبرأْ ذكرَه الرُّويانيُّ في البحرِ .

(١) (قوله : قال الأذْرَعيُّ : والظَّاهرُ أنَّ الطِّفلَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وظاهرٌ أنَّه إذا صَدَّقَه الوليُّ فلا انتظارَ) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكذا قولُه : وأنَّ المُفلِسَ لو أقرَّ إلخ .

(٣) (قوله : والتصريحُ بالترجيح من زيادَته) وصحَّحَه في الرَّوضَةِ في الشهادات .

(٤) (قوله : وكذا لا يُحبَسُ المكاتبُ بالنُّجومِ) ولا المريضُ والمُخَدَّرَةُ وابنُ السَّبيلِ بل يوكِّلُ بهم ليتَرَدَّدوا ويتمَحَّلوا ولا الطِّفلُ والمجنونُ ولا أبوه والوصيُّ والمُقيمُ ، والوكيلُ في دَينٍ لَم يجِب بمُعامَلَتِهم ، ولا العبدُ الجاني ، ولا سَيِّدُه

(٥) (قوله : ينبَغي أنْ لا يحضُرَ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : ويُؤخَذُ مِمَّا قاله أنَّ الموصي بمَنفعَته إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

فكالزَّوجَةِ .

(فرعٌ : لا يأثَمُ المحبوسُ المعسِرُ بتركِ الجُمُعَةِ) والجماعَةِ المفهومَةِ بالأولى ؛ لأنَّه مَعذورٌ وللقاضي مَنعُ المحبوسِ منها [1] إن اقتضَتْه المصلحَةُ ، ومن الاستِمتاعِ بالزَّوجَةِ ومُحادثَةِ الأصدِقاءِ ، والترجيحُ في مسألَةِ الاستِمتاعِ من زيادَتِه ، وهو مُقتضَى كلامِ الأنوارِ ولا ترجيحَ فيها في الروضَةِ هنا بل نَقَلَ فيها من زيادَتِه / عن ١٨٩/٢
فتاوى صاحِبِ الشامِلِ المنعَ من ذلك ، وعن فتاوى الغزاليِّ أنَّ الرَّأي فيه للقاضي لكنَّ المصنف جَزَمَ كأصلِه في باب أدَبِ القَضاءِ بأنَّه لا مَنْعَ من ذلك وبَحَثَ الرَّافعيُّ ثمَّ القولَ بالثَّاني ، وقال الإسنويُّ : ينبغي ترجيحُه فعليه يُحمَلُ كلامُ المصنفِ [2] في البابينِ على الحالَينِ (لا) من (دُخولِها لِحاجَةٍ) كحَملِ طَعامٍ (و) له مَنعُه (من شَمِّ الرَّياحينِ لِلتَّرفُّه) فإن كان لِحاجَةِ مَرَضٍ أو نَحوِه [3] جازَ (لا) مَنعُه (من عَمَلِ صَنعَةٍ) في الحبْسِ وإن كان مُماطِلا (ونَفقتُه) واجِبَةٌ (على نفسِه) وعليه أُجرَةُ الحبْسِ لأنَّها أُجرَةُ المكانِ .

(وإن حُبِسَتِ امرأةٌ في دَينٍ لم يأذَنْ فيه الزَّوجُ [4] سَقَطَتْ نفقتُها) مُدَّةَ الحبْسِ (ولو ثَبَت) الدَّينُ (بالبَيِّنَةِ) كما لو وُطِئَتْ بشُبهَةٍ فاعتدَّتْ فإنَّها تسقُطُ وإن كانت مَعذورَةً ، وأفهَمَ كلامُه كأصلِه أنَّه لو أذِنَ لها في الاستِدانَةِ لم تسقُطْ نفقتُها : قال الأذرَعيُّ : ولم أرَ فيه نَقْلا وفيه نظَرٌ ؛ لأنَّ الأظهَرَ أنَّه لو أذِنَ لها في الحجِّ فلا

---

(١) (قولُه : وللقاضي مَنعُ المحبوسِ منها) لا يجوزُ أن يُقفلَ على المحبوسِ بابُ السِّجنِ ، ولا أن يُجعل في بَيتٍ مُظلِمٍ ، ولا يُؤذَى بحالٍ وإنَّما يُمنَعُ من الكَسب بجُلوسِه في الحبسِ ولو هَرَبَ لَم يجِب على الحاكِمِ طَلَبُه فإنْ وجَدَه خَصمُه في عملِ القاضي لَزِمَه إحضارُه وحَبسُه إن سَأله خَصمُه وعَزَّرَه إنْ لَم يُبدِ عُذرًا في هَرَبه كإعسارِه .

(٢) (قوله : فعليه يُحمَلُ كلامُ المصَنِّفِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : فإنْ كان لِحاجةِ مَرَضٍ ونحوِه جازَ) قال بعضُ أكابرِ المتأخِّرينَ : والوجه أنَّه لا يُمنَعُ مُطلَقًا إلا أنْ يكونَ الحبسُ لِلتَّأديب ويقتضي نَظَرَ الحاكِمِ أنَّ ذلك من جُملَةِ التأديب وهذا حَسَنٌ . ع .

(٤) (قولُه : لَم يأذَنْ فيه الزَّوجُ إلخ) وإن مَكَّناه من دُخولِ الحبسِ والاستمتاعِ بها لِخُروجِها عن حِرزِه ، ولو أرادَ الزَّوجُ السَّفرَ بها فأقرَّتْ بدَينٍ لإنسانٍ فله حَبسُها ومَنعُها من الخُروجِ مع زَوجِها ، ولا يُقبَلُ قولُه : إنَّ قَصدَها بالإقرارِ الامتناعُ من المُسافرَةِ ، ولو أقامَ به بَيِّنَةً لَم تُقبل ؛ إذ لا اطِّلاعَ له عليه .

نَفقَةَ لها إن لم يخرُج معها انتهى .

والأوجَه أنَّه لا نَفقَةَ لها (١) ، ويُفارِقُ عَدَمَ سُقوطِها فيما لو صامَتْ أيَّامًا مُعَيَّنَةً نَذَرَتْ صَومَها بعدَ النّكاحِ بإذنِ الزَّوجِ بأنَّ صَومَها وجَبَ عليها عَينًا مَضيقًا بإذنِه مع النَّذرِ الذي يسلُكُ به مسلَكَ واجِبِ الشرعِ بخِلافِ حَبسِها **(ويخرُجُ المحبوسُ لِسَماعِ الدّعوى)** عليه من آخَرَ ثُم يُرَدُّ إلى الحبسِ **(فإنْ لَزِمَه حَقٌّ آخَرُ حُبِسَ بهما ولم يُطْلَقْ بقَضاءِ أحدِهما)** دون الآخَرِ **(ويخرُجُ المجنونُ)** من الحبسِ مُطْلَقًا **(والمريضُ)** إن لم يجِدْ مُمَرِّضًا **(فإنْ وجَدَ مُمَرِّضًا فوجهانِ)** أصَحُّهما في الشافي للجُرجانيِّ أنَّه لا يخرُجُ (٢) **(ومَن ثَبَتَ إعسارُه أخرَجَ بغيرِ إذنِ الغريمِ)** لِزَوالِ المقتضَى (٣) .

(فصلٌ : ويُبادِرُ) الحاكِمُ **(نَدبًا)** (٤) في مسألَةِ المدينِ محجورًا عليه أو مُمتنِعًا من الأداءِ **(ببيعِ مالِه (٥) وقِسمَتِه)** (٦) أي قِسمَةِ ثَمَنِه بين الغُرَماءِ **(لِئَلا يُطالَ حَبسُه)** إن حُبِسَ ومُبادرَةً لِبَراءَةِ ذِمَّتِه وإيصالِ الحقِّ لِذَوِيه ، وذكرُ حُكمِ الممتنِعِ من زيادَتِه **(ولا يستعجِلُ)** عِبارَةُ الأصلِ : ولا يُفرِّطُ في الاستِعجالِ **(فيُباعُ ببَخسٍ ويُستحَبُّ البيعُ بحُضورِ المفلِسِ والرَّاهِنِ)** فيما إذا بيعَ المرهونُ **(والغُرَماءُ أو وكيلُهم)** لأنَّ ذلك أنفى لِلتُّهمَةِ وأطيَبُ للقُلُوب ، ولِيُخبَرَ المفلِسَ بما في مالِه (٧) من العُيُوب فلا يرُدُّ ، ومن الصِّفاتِ المطلُوبَةِ فتكثُرُ فيه الرَّغَباتُ ، ولأنَّ الغُرَماءَ قد يزيدون في السِّلعَةِ (٨) ، وذكرَ وكيلُ الغُرَماءِ من زيادَتِه .

---

(١) (قوله : والأوجُه أنَّه لا نَفقَةَ لها) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : أصحُّهما في الشافي لِلجُرجانيِّ أنَّه لا يخرُجُ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه ، وجَزَمَ به شُرَيْحٌ الرُّويانيُّ .

(٣) (قوله : لِزَوالِ المقتضَى) خَرَجَ بذلك ما إذا أُشهِدَ اثنانِ ولَم يُعَدَّلا فإنَّه لا يخرُجُ قبلَ تعديلِهما ، وإنْ وقَعَ في الكِفايةِ خلافُه .

(٤) (قوله : يُبادِرُ نَدبًا) لا شَكَّ في وُجوبِ المُبادرَةِ إلى بَيْعِ ما يُخشَى فسادُه أو نَهبٍ أو استيلاءِ ظالمٍ أو نحوِه عليه .

(٥) (قوله : ببَيْعِ مالِه) شَمِلَ مُدَبَّرَه .

(٦) (قوله : وقِسمَته) أي بين غُرَمائِه بنِسبةِ دُيونِهم

(٧) (قوله : ولِيُخبِرِ المُفلِسُ بما في مالِه إلخ) ولأنَّه أعرَفُ بثَمَنِ مالِه فلا يلحَقُه غَبنٌ .

(٨) (قوله : ولأنَّ الغُرَماءَ قد يزيدونَ إلخ) أو يعرِفُ بعضُهم عَيْنَ مالِه فيأخُذُه .

والأولى : أنْ يتولَّى البيعَ المالِكُ أو وكيلُه بإذنِ الحاكِمِ ليقَعَ الإشهادُ عليه ، ولا يحتاج إلى بَيِّنَةٍ بأنَّه مِلكُه بخِلافِ ما لو باعَ الحاكِمُ لا بُدَّ أنْ يُثبت أنَّه مِلكُه كما قاله ابنُ الرِّفعَةِ تبعًا للماورديِّ والقاضي وبيعُ الحاكِمِ حُكمٌ [1] بأنَّه له ويُوافِقُه قولُ الرَّافعيِّ في الفرائِضِ : قَسمُ الحاكِمِ يتضمَّنُ الحُكمَ بموتِ المفقودِ ، وحَكى السُّبكيُّ في ذلك وجهَينِ [2] ورَجَّحَ الاكتِفاءَ باليدِ قال وهو قولُ العبَّاديِّ وكذا نَقَله الزَّركشيُّ ثُم قال كالأذرَعيِّ وأفتى ابنُ الصَّلاحِ بما يُوافِقُه ، والإجماعُ الفعليُّ عليه [3] / **(ويُباعُ أولا** ١٩٠/٢
ما يُسرِعُ فسادُه) [4] ولو غيرَ مَرهونٍ لِئَلا يضيعَ **(ثُم المرهونُ والجاني)** ليتعَجَّلَ حَقَّ مُستحَقِّيهما .

(فإنْ بَقِي للمُرتهِنِ) من دَينِه **(شيءٌ ضارَبَ به)** سائِرَ الغُرَماءِ ، وإن فضَلَ عنه شيءٌ ضُمَّ إلى المالِ **(ويُقَدَّمُ)** أيضًا بعدَما يُسرِعُ فسادُه **(مالُ القِراضِ ليُؤْخَذَ)**

---

(١) (قوله : وبَيْعُ الحاكِمِ حُكمٌ بأنَّه له إلخ) قال السُّبكيُّ : لا خلاف أنَّ بَيْعَ القاضي ، أو تزويجَه ليس حُكمًا بصِحَّةِ البيعِ والتزويجِ ، ومَن توهَّمَ ذلك فقد غَلِطَ بل لِغيرِه إذا رُفِعَ ذلك إليه أنْ يحكُمَ فيه بمَذهَبه ما لَم يتقَدَّم حُكمٌ بصِحَّته ، وقد وقَعَت هذه المسألَةُ لِلكمالِ التفليسيِّ حينَ كان نائِبَ الحُكمِ بدِمَشقَ وقَصَدَ إبطالَ نِكاحٍ تعاطاه مَن يعتقِدُه ولَم يقترِنْ بحُكمٍ واستفتى عليه في ذلك ، وأظْهَرَ هو نُقولا من كُتُب الأصحاب تشهَدُ بأنَّ ذلك ليس بحُكمٍ وأودَعَها تصنيفًا لَطيفًا وقَفت عليه من مُدَّةٍ وذلك هو الحقُّ الذي لا مِريةَ فيه ؛ لأنَّ الصِّحَّةَ مُتأخِّرَةٌ في الرُّتبَةِ عن العقدِ ، والحُكمُ بها مُتأخِّرٌ عنها فكيف يكونُ هو العقدَ المُتقَدِّمَ عليه بمَرتَبَتَينِ ، وأيضًا كيف يكونُ الشيءُ الواحدُ عارِضًا ومَعروضًا والحُكمُ عارِضٌ والعقدُ مَعروضٌ ، وقال الرُّويانيُّ في البحرِ : قال الشافِعِيُّ لو زَوَّجَ الحاكِمُ الصَّغيرَةَ لا يصِحُّ نِكاحُه ، لأنَّه لا يحكُمُ به بل عَقَدَه على اعتقادِه . ا هـ .

(٢) (قوله : وحَكَى السُّبكيُّ في ذلك وجهَيْنِ ورَجَّحَ) أي كابنِ الرِّفعَةِ وقولُه الاكتفاءُ باليدِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والإجماعُ الفِعليُّ عليه) وهو ما في أدَب القضاءِ لِلعَبَّاديِّ ونُقِلَ في الأشرافِ عن العِراقِيِّينَ ما يدُلُّ له ا هـ . قال الأذرَعيُّ كالسُّبكيِّ : وهو الصَّحيحُ فالأولى لِلقاضي أنْ لا يُباشِرَ البيعَ بنفسِه ولا بنائِبه ما لَم يثْبُت المِلكُ صيانَةً لِفِعلِه عن النقضِ ، فإنْ قِيلَ : قال الأصحابُ فيما إذا كان في أيدي جَماعَةٍ دارٌ ، وطَلَبوا من الحاكِمِ قِسمَتَها لَم يُجِبهم إنْ لَم يُقيموا بَيِّنَةً بمِلكِهم لها قِيلَ أينَ أحدُ البابَيْنِ من الآخَرِ فإنَّه هنا لو لَم يبع الحاكِمُ لَتعَطَّلَت الحُقوقُ وضاعَت التِركاتُ وهناكَ لو لَم تُقَسَّمْ لَبَقِيت الدَّارُ في يدَيهما على حالِها ولا ضَرورَةَ إلى القِسمَةِ .

(٤) (قوله : ويُباعُ أوَّلا ما يُسرِعُ فسادُه) ثم ما يُخشَى فسادُه .

منه (الرِّبحُ المشروطُ) ولا يتقيَّدُ الحُكمُ بما ذُكرَ بل سائِرُ ما يتعَلَّقُ بعَينِ المالِ كذلك وهو ما يُقَدَّمُ على مُؤَنِ التجهيزِ (١) (ثُم الحيوانُ) لِحاجَتِه إلى النَّفقةِ ولكونِه عُرضَةً للهَلاكِ ، قال الزَّركشيُّ : ويُستثنَى منه المدَبَّرُ فقد نَصَّ في الأُمِّ على أنَّه لا يُباعُ (٢) حتَّى يتعَذَّرَ الأداءُ من غيرِه وهو صَريحٌ في أنَّه يُؤَخَّرُ عن الكُلِّ صيانَةً لِلتَّدبيرِ عن الإبطالِ . انتهى .

(ثُم المنقولاتُ) أي سائِرُها لِخَوفِ ضَياعِها (ثُم العقارُ) وإنَّما أُخِّرَ لأنَّه يُؤمَنُ عليه من التلَفِ والسَّرِقَةِ ، وليُشَهَّرَ بيعُه فيظهَرَ الرَّاغِبونَ ، ويُبدَأُ في كُلِّ نوعٍ منها بالأهَمِّ فالأهَمِّ ، فيُقَدَّمُ في المنقولاتِ الملبوسُ على النُّحاسِ ونَحوِه وفي العقارِ البناءُ على الأرضِ ، قال الأذرَعيُّ : والظَّاهِرُ أنَّ الترتيبَ (٣) في غيرِ ما يُسرِعُ فسادُه وغيرِ الحيوانِ مُستحَبٌّ لا واجِبٌ ، وقد تقتضي المصلحَةُ تقديمَ بيعِ العقارِ أو غيرِه إذا خيف عليه من ظالِمٍ أو نَحوِه فالأحسَنُ تفويضُ الأمرِ إلى اجتهادِ الحاكِمِ ويُحمَلُ كلامُهم على الغالِب قال الماورديُّ والمحامِليُّ (٤) وغيرُهما : والمرهونُ يُباعُ قبلَ الجاني قال في المطْلَب : وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ إذا فات لم يُبطِلْ حَقَّ المرتهِنِ بخِلافِ الجاني فينبغي أنْ يُقَدَّمَ بيعَه لِذلك (٥) ، ويُباعُ نَدبًا (٦) (كُلُّ شيءٍ في سوقِه) (٧) لأنَّ

(١) (قوله : وهو ما يُقَدَّمُ على مُؤَنِ التجهيزِ) لو اجتمع عليه زَكاةٌ وحَجٌّ فوريٌّ فيظهَرُ تقديمُه على الغُرَماءِ كما صَرَّحوا به فيمَن مات ولَم يفِ مالُه بالحَقَّيْنِ . ف س .

(٢) (قوله : فقد نَصَّ في الأُمِّ على أنَّه لا يُباعُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : قال الأذرَعيُّ : والظَّاهِرُ أنَّ الترتيبَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال الماورديُّ والمحامِليُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : فينبَغي أنْ يُقَدَّمَ بَيعَه لِذلك) يُجابُ بأنَّ بَيْعَ المرهونِ إنَّما قُدِّمَ لِما فيه من المُبادرَةِ إلى بَراءَةِ ذمَّةِ المديونِ .

(٦) (قوله : ويُباعُ نَدبًا إلخ) نَعَم إنْ تعَلَّقَ بالسُّوقِ غَرَضٌ مُعتبَرٌ لِلمُفلِسِ أو الغُرَماءِ فيجِبُ .

(٧) (قوله : كُلُّ شيءٍ في سوقِه) في حالِ قِيامِ ذلك السُّوقِ وكَتَبَ أيضًا يُقيمُ الحاكِمُ دَلَّالًا ثِقَةً يُنادي على المالِ ، ويُستحَبُّ أنْ يكونَ مِمَّنْ يرضاه المُفلِسُ والغُرَماءُ ولو رَضوا بغيرِ ثِقَةٍ لَم يُقِمه فإنْ تطَوَّعَ الدَّلَّالُ فذاكَ وإلا استُؤجِرَ بأقلِّ ما يوجَدُ ، قال الماورديُّ : فلو رَأى أنْ يجعَل له جُعْلًا مَشروطًا ، أو أُجرَةَ المِثلِ جازَ ، ثم إنْ كان في بَيْتِ المالِ فضلٌ صُرِفت الأُجرَةُ من خُمُسِ الخُمُسِ ، وإلا فمن مالِ المُفلِسِ ، والأولى حينَئِذٍ أنْ يكونَ تقريرُ الأُجرَةِ من الغُرَماءِ فإنْ أبَوا فعله الحاكِمُ ، وكذا أُجرَةُ الكَيَّالِ والوزَّانِ ولو اختارَ المُفلِسُ دَلَّالًا والغُرَماءُ دَلَّالًا فإنْ كان أحدُهما ثِقَةً دونَ الآخَرِ أقرَّ الحاكِمُ الثِّقَةَ وإنْ كانا ثِقتَينِ وأحدُهما مُتطَوِّعٌ دونَ الآخَرِ أقرَّ المُتطَوِّعَ ، وإنْ كانا مُتطَوِّعَيْنِ ضَمَّ أحدَهما إلى الآخَرِ وإلا اختارَ أوثَقَهما وأعرَفَهما .

طالبِه فيه أكثرُ ، والتهمَةُ فيه أبعَدُ ، قال الإسنَوِيُّ : ومَحَلُّه كما قال الماورديُّ (١) : إذا لم يكنْ في نَقْلِه مُؤْنَةٌ كبيرةٌ ، فإنْ كانت ورَأى الحاكِمُ المصلحَةَ في استِدْعاءِ أهلِ السُّوقِ إليه فعل ، قال الزَّركشيُّ : ومَحَلُّه (٢) أيضًا إذا ظَنَّ عَدَمَ الزِّيادَةِ في غيرِ سوقِه (فإنْ باعَه في غيرِه بثَمَنِ المِثلِ صَحَّ) البيعُ مُطلَقًا (وإنَّما يبيعُ) بثَمَنِ المِثلِ (٣) فأكثَرَ (حالاً بنَقْدِ البلَدِ) كالوكيلِ ، نَعَم إنْ رَضِي المفلِسُ والغُرَماءُ بالبيعِ نَسِيئَةً أو بغيرِ نَقْدِ البلَدِ (٤) قال المتولِّي : جازَ (٥) وتوقَّف فيه السُّبكيُّ لاحتِمالِ ظُهورِ غَريمٍ آخَرَ يطلُبُ دَينَه في الحالِ ، ولو رَأى الحاكِمُ المصلحَةَ في البيعِ بمِثلِ حُقوقِهم جازَ ، ولو باعَ بثَمَنِ مِثلِه ثُم ظَهَرَ راغِبٌ بزيادَةٍ ، فقياسُ ما ذَكروه في عَدلِ الرَّهْنِ (٦) وُجوبُ القَبولِ في المجلِسِ ، وفسخُ البيعِ ، وحَكاه الرُّويانيُّ عن النَّصِّ .

(فإنْ كان) نَقْدُ البلَدِ (غيرَ) جِنسِ (دَينِهم) ولم يرضوا إلا بجِنسِ دَينِهم (اشتراه) لهم ، لأنَّه واجِبُهم (أو عاوضَهم به إنْ رَضَوا إلا إنْ كان سَلَمًا) فلا يُعاوِضُهم وإنْ رَضَوا لامتِناعِ الاعتياضِ عنه (٧) (ولا يُسَلِّمُ) الحاكِمُ أو مَأذونُه (ما بيعَ قبلَ قبضِ الثمَنِ (٨) ، فإنْ فعل ضَمِنَ) كالوكيلِ فعُلِمَ أنَّه لا يجوزُ البيعُ بمُؤَجَّلٍ ، وإنْ حَلَّ قبلَ أوانِ القِسمَةِ ، لأنَّ المبيعَ بمُؤَجَّلٍ يجِبُ تسليمُه قبلَ قبضِ

---

(١) (قوله : ومَحَلُّه كما قال الماورديُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : قال الزَّركَشيُّ ومَحَلُّه أيضًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وإنَّما يبيعُ بثَمَنِ المِثلِ) فأكثرَ حالاً بنَقدِ البلَدِ ، لأنَّ التصرُّف لِغيرِه فوجَبَ فيه رِعايةُ المصلَحةِ ما ذكرَه ، ويُستثنَى من ثَمَنِ المِثلِ ما لو لَم يبلُغه ما يُسرِعُ فسادُه لِئَلاَّ يتلَف جُملَةً وهذا ظاهِرٌ وإنْ لَم يذكُروه .

(٤) (قوله : أو بغيرِ نَقدِ البلَدِ) قال شيخُنا أو بغَبنٍ فاحِشٍ .

(٥) (قوله : قال المُتولِّي جازَ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : فقِياسُ ما ذكروه في عَدلِ الرَّهنِ إلخ) قد ذكروا في عَدلِ الرَّهنِ والوكالَةِ أنَّه إذا لَم يفسَخ انفسَخَ بنفسِه .

(٧) (قوله : لامتناعِ الاعتياضِ عنه) يُؤخَذُ منه أنَّ سائِرَ ما يُمتنَعُ الاعتياضُ عنه كالسَّلَمِ .

(٨) (قوله : ولا يسلِّمُ ما بيعَ قبلَ قبضِ الثمَنِ) استثنَى منه الأذرَعِيُّ ما لو باعَ شيئًا لأحدِ الغُرَماءِ وعَلِمَ أنَّه يحصُلُ له عندَ المُقاسَمَةِ مِثلُ الثمَنِ الذي اشترَى به فأكثرُ قال : فالأحوطُ بَقاءُ الثمَنِ في ذمَّتِه لا أخذُه وإعادَتُه إليه وسَيأتي ما يُؤيِّدُه مع ظُهورِه ا هـ . قال الزَّركَشيُّ : ولا يُستثنَى ذلك ، لأنَّه إنْ كان الثمَنُ من جِنسِ دَيْنِه جاءَ التقاصُّ وإنْ لَم يكُن من جِنسِه ورَضي به حَصَلَ الاعتياضُ فلَم يحصُل تسليمُ قبضِ الثمَنِ على كُلِّ تقديرٍ.قولُه : وعن الماورديِّ أي والعِمرانيُّ وأبي حامِدٍ .

الثَّمَنِ .

(فصلٌ : والأولى) للحاكِمِ (أنْ يُقَسِّمَ ما نَضَّ) يعني ما قَبَضَه من أثمانِ أموالِه على التدريجِ لِتبرَأَ منه ذِمَّتُه ، ويصِلَ إليه المستحِقُّ بل إنْ طَلَبَ الغُرَماءُ القِسمَةَ وجَبَتْ كما يُؤخَذُ من كلامِ السُّبْكيِّ الآتي .

(فإنْ تعَسَّرَتْ قِسمَتُه لِقِلَّتِه) وكثرَةِ الدُّيُونِ (فله التأخيرُ) لها لِتجتمِعَ (ولو طالَبوا) بها وتبعَ في مسألَةِ المطالَبَةِ بَحثَ الشيخينِ فإنَّهما قالا : فإنْ أبَوا التأخيرَ ففي ١٩١/٢ النِّهايةِ إطلاقُ القولِ بأنَّه يُجيبُهم والظَّاهرُ خِلافُه قال السُّبْكيُّ : بل الظَّاهرُ / ما في النِّهايةِ ، لأنَّ الحقَّ لهم فلا يجوزُ تأخيرُه عِندَ الطَّلَب إلا أنْ تظهَرَ مَصلحَةٌ في التأخيرِ ولَعَلَّ هذا مُرادُ الرَّافعيِّ بمُخالَفتِه إطلاقَ النِّهايةِ وقد نَقَلَ ابنُ الرِّفعَةِ عن القاضي أبي الطَّيِّب وغيرِه مِثلَ ما في النِّهايةِ وعن الماورديِّ خِلافه اهـ . والأوجَه ما أفادَه كلامُ السُّبْكيِّ [1] من حَملِ هذا على ما إذا ظَهَرَتْ مَصلحَةٌ في التأخيرِ ، وما في النِّهايةِ على خِلافِه فلو كان الغريمُ واحِدًا سَلَّمَه إليه أولا فأولا ، لأنَّ إعطاءَه للمُستحِقِّ أولى من إقراضِه أو إيداعِه ، ويُستثنَى من القِسمَةِ عليهم المكاتبُ إذا حُجِرَ عليه وعليه نُجومٌ وأرشُ جِنايةٍ ودَينُ مُعامَلَةٍ فالأصَحُّ تقديمُ دَينِ المعامَلَةِ [2] ثُم الأرشِ [3] ثُم النُّجومِ وتقدَّمَ أنَّه لا حَجْرَ بالنُّجومِ وهذا بخِلافِ المدْيُونِ غيرِ المحجورِ عليه فإنَّه يُقَسِّمُ كيف شاءَ قال السُّبْكيُّ [4] : وهو ظاهرٌ بالنِّسبَةِ إلى صِحَّةِ التصَرُّفِ لكن ينبغي إذا استووا وطالَبوا حَقَّهم على الفورِ أنْ تجِبَ التسويةُ ، وإذا تأخَّرَتْ قِسمَةُ ما قَبَضَه الحاكِمُ (فيُقرِضُه أمينًا مُوسِرًا) قال السُّبْكيُّ : يرتضيه الغُرَماءُ [5] وقال الأذرَعيُّ وغيرُ مُماطِلٍ .

(فإنْ فُقِدَ أودَعَه ثِقَةً ترتضيه الغُرَماءُ) والتقييدُ بالفقدِ من زيادَتِه ، وعليه نَصَّ الشافعيُّ ، والقَصدُ أنَّه ينبغي للحاكِمِ أنْ لا يضَعَه عِندَ نفسِه لِما فيه من التُّهمَةِ ، وبه صرَّحَ الماورديُّ وغيرُه قاله الزَّركشيُّ ، وظاهرُ كلامِهم أنَّه لا يُعتبَرُ في هذا

---

(١) (قوله : والأوجَه ما أفادَه كلامُ السُّبكيِّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فالأصحُّ تقديمُ دَينِ المُعامَلَةِ) لأنَّ لِلأرشِ والنُّجوم تعلُّقًا آخَرَ بتقديرِ العجزِ عنهما ، وهو الرَّقبةُ .

(٣) (قوله : ثم الأرش) ؛ لأنَّه مُستقِرٌّ ، والنُّجومُ مُتعَرِّضَةٌ لِلسُّقوطِ .

(٤) (قوله : قال السُّبكيُّ) أي وغيرُه : وقولُه وهو ظاهرٌ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : قال السُّبكيُّ يرتضيه الغُرَماءُ) أشارَ إلى تصحيحِه ، وكذا قولُه والأذرَعيُّ وغيرُه باطِلٌ .

الإقراضِ رَهْنٌ (١) قال في المطلَب : ولَعَلَّ سَبَبَه أنَّ الموسِرَ لا حاجَةَ به إليه ، وهو إنَّما قَبله لِمَصلحَةِ المفلِسِ وفي تكليفِه الرَّهْنَ سَدٌّ لها ، وبذلك خالَف اعتِبارَه في التصرُّفِ في مالِ الطِّفلِ ونَحوِه **(فإن اختلَفوا)** فيمَن يُودَعُ عِندَه أو عَيَّنُوا غيرَ ثِقَةٍ كما أفهَمَه كلامُه السَّابقُ ، وصرّحَ به الأصلُ **(فمَنْ رَآه القاضي)** من العُدولِ أولى (٢) **(فإن تلِف معه)** أي المودِعِ **(فمن ضَمانِ المفلِسِ ولو بعدَ مَماتِه)** لا من ضَمانِ الحاكِمِ أو المودِعِ .

(فرعٌ : لا يلزَمُ الغُرَماءَ) عِندَ القِسمَةِ **(الإثباتُ)** أي إقامَةُ بَيِّنَةٍ أو إخبارٌ من حاكِمٍ **(بنفيِ غيرِهم)** أي بأنْ لا غَريمَ غيرُهم لاشتِهارِ الحجرِ فلو كان ثَمَّ غَريمٌ لَظَهَرَ ، ويُخالِفُ نَظيرَه في الميراثِ ؛ لأنَّ الورَثَةَ أضبَطُ من الغُرَماءِ ، وهذِه شَهادَةٌ على نفيٍ يعسُرُ مَدرَكُها فلا يلزَمُ من اعتِبارِها في الأضبَطِ اعتِبارُها في غيرِه قال في الروضَةِ : ولأنَّ الغريمَ الموجودَ تيقَّنَّا استِحقاقَه لِما يخُصُّه وشَككنا في مُزاحِمِه ، وهو بتقديرِ وُجودِه لا يُخرِجُه عن استِحقاقِه له في الذِّمَّةِ ، ولا تتحتَّمُ مُزاحَمَةُ الغريمِ فإنَّه لو أبرَأَ أو أعرَضَ أخَذَ الآخَرُ الجميعَ ، والوارِثُ يُخالِفُه في جَميعِ ذلك وعُلِمَ بما تقَرَّرَ أنَّ تعبيرَ المصنفِ بالإثباتِ أولى من تعبيرِ أصلِه بإقامَةِ البَيِّنَةِ .

(فإن ظَهَرَ غَريمٌ) بعدَ القِسمَةِ **(لم تنقَضِ القِسمَةُ بل يُشارِكُهم فيما قبَضوه بالحِصَّةِ)** لِحُصولِ المقْصودِ بذلك مع وُجودِ المسوِّغِ لها ظاهِرًا ، وفارَقَ نَقْضَها فيما لو ظَهَرَ بعدَ قِسمَةِ التركةِ وارِثٌ (٣) بأنَّ حَقَّ الوارِثِ في عَينِ المالِ بخِلافِ حَقِّ الغريمِ فإنَّه في قيمَتِه فلو قَسَمَ مالَ المفلِسِ (٤) وهو خَمسَةَ عَشرَ على غَريمَينِ لأحدِهما عِشرونَ

---

(١) (قوله : وظاهِرُ كلامِهِم أنَّه لا يُعتبَرُ في هذا الإقراضِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فمَنْ رَآه القاضي من العُدولِ أولى) لو اتَّفَقَ الرَّاهِنُ والمُرتهِنُ على وضعِ المرهونِ عندَ غيرِ عَدلٍ لَم يعترِضهما الحاكِمُ ؛ لأنَّه لا نَظَرَ له في المرهونِ بخلافِ مالِ المُفلِسِ ولأنَّ حَقَّ المُتراهنَيْنِ لا يتجاوزُهما ، وحَقُّ الغُرَماءِ قد يتجاوزُهم إلى غيرِهم ، وهو غَريمٌ آخَرُ غائِبٌ فجازَ لِحقِّه أنْ يعترِضَ عليهم في الاختيارِ .

(٣) (قولُه : وفارَقَ نَقضَها فيما لو ظَهَرَ بعدَ قِسمَةِ التركَةِ إلخ) شَمِلَتْ قِسمَةُ التركَةِ ما لو قَسَّمَها الحاكِمُ ، وإنْ قال الزَّركَشيُّ : قِياسُ مَسألَتنا أنَّ الحاكِمَ لو قَسَّمَ التركَةَ ثم ظَهَرَ وارِثٌ التحاقُه بقِسمِ المُفلِسِ .

(٤) (قولُه : فلو قُسِّمَ مالُ المُفلِسِ إلخ) لو قَسَّمَ اثْنانِ تركَةَ مورِثِهما وتصَرَّفَ أحدُهما في نَصيبِه وهو مُعسِرٌ ثم ظَهَرَ على الميِّت دَيْنٌ فلِصاحِبِه أخذُه من نَصيبِ الموسِرِ ثم إذا أيسَرَ المُعسِرُ رَجَعَ عليه الموسِرُ بقدرِ حِصَّته .

وللآخرِ عَشرَةٌ فأخَذَ الأولُ عَشرَةً ، والآخرُ خَمسَةً ثُم ظَهَرَ غَريمٌ له ثَلاثونَ رجع على كُلٍّ منهما بِنِصفِ ما أخَذَه .

(فإنْ أعسَرَ أحدُهم جَعل) ما أخَذَه (كالمعدومِ وشارَك) مَن ظَهَرَ (الباقينَ فإنْ أيسَرَ رَجَعوا عليه بالحِصَّةِ) فلو أتلَف أحدُ الغريمَينِ في المِثالِ السَّابقِ ما أخَذَه وكان مُعسِرًا كان ما أخَذَه الآخَرُ ، كأنَّه كُلُّ المالِ فلو كان المتلِفُ آخِذَ الخمسَةِ استرَدَّ الحاكِمُ من آخِذِ العشرَةِ ثَلاثَةَ أخماسِها لِمَن ظَهَرَ ثُم إذا أيسَرَ المتلِفُ أخَذَ منه الآخَرانِ نِصفَ ما أخَذَه وقَسَماه بينهما بِنِسبَةِ دَينَيهما ، وقِس على ذلك ، ولو ظَهَرَ الثالِثُ وظَهَرَ للمُفلِسِ مالٌ قَديمٌ أو حادِثٌ بعدَ الحجرِ صُرِف منه إليه بِقِسطِ ما أخَذَه الأولانِ والفاضِلُ يُقَسَّمُ على الثلاثَةِ ، نَعَم إنْ كان دَينُه حادِثًا فلا مُشارَكَةَ له في المالِ القَديمِ صرّحَ بذلك الأصلُ ، وتقَدَّمَ أنَّ الدّينَ إذا تقَدَّمَ سَبَبُه فكالقَديمِ ، قال في الكِفايةِ : ولو غابَ غَريمٌ وعَرَف قدرَ حَقِّه قُسّمَ عليه وإنْ لم يعرِف ، ولم تُمكِنْ مُراجعتُه ولا حُضورُه رجع في قدرِه إلى المفلِسِ فإنْ حَضَرَ وظَهَرَ له زيادَةٌ فهو كظُهورِ غَريمٍ بعدَ القِسمَةِ ، وإنْ أمكنَتْ مُراجعتُه وجَبَ الإرسالُ [1] إليه ، قال : ولو تلِفَ بيدِ الحاكِمِ ما أفرَزَ للغائِب بعدَ أخذِ الحاضِرِ حِصَّته أو إفرازِها فعن القاضي أنَّ الغائِبَ لا يُزاحِمُ مَن قَبَضَ .

(فإنْ ظَهَرَ) للمُفلِسِ ، ولو (بعدَ فكِّ الحجرِ) عنه (مالٌ قَديمٌ) أي مَوجودٌ قبله (وحدَثَ له) قبله أو بعدَه (مالٌ) باحتِطابٍ أو غيرِه (وغُرَماءُ ، فالقَديمُ) المذكورُ (للقُدَماءِ) لِتعَلُّقِ حَقِّهم به قبلَ الفكِّ ، ولأنَّا تبَيَّنَّا بذلك بَقاءَ الحجرِ كما قاله الماورديُّ خِلافًا لِلرُّويانيِّ ، نَعَم الحادِثُ منه بعدَ الحجرِ لا يُشارِكُ فيه الغريمُ الحادِثُ
١٩٢/٢ منهم بعدَ حُدوثِه أو معه / غيرَه .

(والحادِثُ) المذكورُ (للجَميع) قال في المهمّاتِ : والمرادُ بالجميعِ أربابُ الدُّيُونِ المتقدِّمَةِ على حُدوثِ المالِ ، أمَّا إذا لم يظهَر له مالٌ قَديمٌ ، وحدَثَ له مالٌ بعدَ التلَفِ فلا تعَلُّقَ لأحدٍ به فيتصرّفُ فيه المدينُ كيف شاءَ ، وقولُه بعدَ فكِّ الحجرِ من زيادَتِه ، ولو أبدَلَ بعدَ بـ «قبلَ» وزادَ ذلك بعدَ وحدَثَ له كان أولى وأوضَحَ .

(فرعٌ) لو (خرج ما باعَه) المفلِسُ (قبلَ الحجرِ مُستحَقًّا ، والثَّمَنُ) المقبوضُ (غيرُ باقٍ فكدَينٍ قَديمٍ ظَهَرَ) من غيرِ هذا الوجه وتقَدَّمَ حُكمُه ، وهو أنْ يُشارِكَ

(١) (قوله : وإنْ أمكنَتْ مُراجَعتُه وجَبَ الإرسالُ إليه) فإنِ انتفى ما تقَدَّمَ لَم يُقَسّم الحاكِمُ .

المشتري الغُرَماءَ من غيرِ نَقْضِ القِسمَةِ بخِلافِه بعدَ الحجرِ ، فإنَّه لا أثَرَ له ، لأنَّه دَينٌ حادِثٌ لم يتقَدَّم سَبَبُه وبخِلافِ ما إذا كان الثَمَنُ باقيًا فإنَّه يرُدُّه ، والتصريحُ بقولِه : قَديمٌ من زيادَتِه **(وإذا استحَقَّ ما باعَه الحاكِمُ أو أمينُه قبلَ القِسمَةِ)** (١) والثَمَنُ المقبوضُ غيرُ باقٍ **(قُدِّمَ)** المشتري ببَدَلِه **(على الغُرَماءِ)** ولا يُضارِبُ به معهم لِئَلا يرغَبَ النَّاسُ عن شِراءِ مالِ المفلسِ ، فكان التقديمُ من مَصالِحِ الحجرِ كأجرَةِ الكيَّالِ **(وليس الحاكِمُ ولا أمينُه طَريقًا في الضَّمانِ)** ، لأنَّه نائِبُ الشرعِ ولا حاجَةَ لِقولِه من زيادَتِه قبلَ القِسمَةِ بل يُوهِمُ خِلافَ المرادِ .

(فصلٌ) وفي نُسخَةٍ : «فرعٌ» **(ويُنْفِقُ)** الحاكِمُ **(عليه)** أي على المفلِسِ **(وعلى قَريبه)** (٢) القَديمِ والحادِثِ **(وزَوجَتِه القَديمَةِ)** (٣) ومَملُوكِه كأمِّ ولَدِه **(من مالِه)** ما لم يتعَلَّق به حَقٌّ آخَرُ كرَهْنٍ وجِنايةٍ (٤) **(يومًا بيومٍ نفقَةَ المعسِرينَ ويكسوهم)** بالمعروفِ (٥) لإطلاقِ (٦) خَبَرِ «ابدأ بنفسِك ثُم بمَن تعولُ» (٧) مع مُناسَبَةِ الحالِ

---

(١) (قولُه : وإنِ استحَقَّ ما باعَه الحاكِمُ أو أمينُه قبلَ القِسمَةِ إلخ) قال الزَّركَشيُّ: فإنْ قِيلَ كيف يُتصَوَّرُ ذلك إذا قُلنا : إنَّه لا يبيعُ إلا ما ثَبَت عندَه أنَّه مِلكُ المُفلِسِ فكيف تنهَضُ البيِّنَةُ بخلافِه ؟ والجوابُ ما قاله في البحرِ أن تقومَ بَيِّنَةٌ بأنَّه كان باعَه قبلَ الحجرِ أو وقَفه فإنَّها تُقَدَّمُ على بَيِّنَةِ المِلكِ المُطلَقِ منه .

(٢) (قولُه : ويُنفِقُ عليه وعلى قَريبِه إلخ) كان ينبَغي أن يقولَ ويُمَوِّنُ بَدَلَ ويُنفِقُ ليشمَلَ النفقَةَ والكِسوةَ والإسكان والإخدامَ وتكفينَ مَنْ مات منهم قبلَ القِسمَةِ .

(٣) (قوله :وزَوجَته القديمَة) وإنْ طلَّقَها قبلَ الحجرِ ثم راجعَها بعدَه .

(٤) (قولـه : كَرَهْنٍ وجِنايةٍ) أي وحَبسٍ بالثمَنِ فإنْ تعَلَّقَ به حَقٌّ لَم يُنفِـق عليهم منه قال ابنُ الرِّفعَةِ : يُؤخَذُ من قولِهم : إنَّه يُنفِقُ على قَريبه أنَّ ما ينامُ عليه المُفلِسُ ويأكُلُ فيه ويشرَبُ ويتوضَّأُ يبقَى له في مُدَّةِ الحجرِ ، لأنَّ نَفقَةَ القريب إنَّما تجِبُ إذا فضَلَتْ عن ذلك .

(٥) (قوله : ويكسوهم بالمعروفِ) لو كَسا أُمَّ ولَدِه ما لا يليقُ به مَنَعناه وكَسَوناها ما يليقُ بخلافِ ما إذا فعله بالزَّوجةِ والقريبِ .

(٦) (قوله : لإطلاقِ خَبَرِ إلخ) ولأنَّه موسِرٌ ما لَمْ يزُل مِلكُه عنه .

(٧) هما حديثان ساقهما المصنف مساق حديث واحد ، أما الأول فرواه مسلم ، كتاب الزكاة ، باب الابتداء بالنفقة بالنفس ثم أهله ... حديث (٩٩٧) بإسناده عن جابر مرفوعًا ، وفيه أن النبي ﷺ قال : «ابدأ بنفسك فتصدق عليها ...» .

والثـاني : رواه البخـاري ، كتاب الزكـاة ، بـاب لا صدقـة إلا عـن ظهـر غنى ، حـديث (١٤٢٦) بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، وابدأ بمن تعول» .

لِذلك وفي نُسخَةٍ وكِسوتِهم فتُفيدُ ما أفادَه كلامُ أصلِه من أنَّه يكسوهم كِسوةَ المعسِرينَ وخرج بالقَديمَةِ المزيدَةُ على الأصلِ المتجَدِّدَةُ في زَمَنِ الحجرِ فلا يُنفِقُ عليها وفارَقَتِ الولَدَ المتجَدِّدَ (١) بأنَّه لا اختيارَ له فيه بخِلافِها ، قال الإسنَويُّ : فإنْ قيلَ لو أقَرَّ السَّفيه بولَدٍ ثبَت نَسَبُه وأُنفِقَ عليه من بيتِ المالِ فهل يكونُ المفلِسُ كذلك ؟ قُلْنا : لا فإنَّ إقرارَ السَّفيه بالمالِ وبما يقتضيه لا يُقبَلُ بخِلافِ إقرارِ المفلِسِ فإنَّه مَقبولٌ على الصَّحيحِ فغايتُه هناك أنْ يكونَ قد أقَرَّ بدَينٍ ، وإقرارُه به مَقبولٌ ويجِبُ أداؤُه فبالأولى وُجوبُ الإنفاقِ ، لأنَّه وقَعَ تبعًا كثُبوتِ النَّسَب تبعًا لِثُبوتِ الوِلادَةِ بشَهادَةِ النِّسوةِ ا هـ . ويُفارِقُ إقرارُه بالنَّسَب تجديدَه الزَّوجَةَ بأنَّ الإقرارَ بالنَّسَب واجِبٌ بخِلافِ التزويجِ ، قال الزَّركشيُّ (٢) : ولْيُنظَر فيما لو اشترَى أمَةً في ذِمَّتِه بعدَ الحجرِ وأولَدَها وقُلْنا بنُفوذِ إيلادِه هل تكونُ نَفقَتُها كنَفقَةِ الزَّوجَةِ الحادِثَةِ . ا هـ .

والأوجَه ما اقتضاه كلامُهم (٣) لا لِقُدرَةِ الزَّوجَةِ على الفسخِ بخِلافِ أُمِّ الولَدِ وما ذُكِرَ من أنَّه يُنفِقُ نَفقَةَ المعسِرينَ هو المعتمَدُ (٤) الموافِقُ لِنَصِّ الشافعيِّ ، وما قاله الرُّويانيُّ من أنَّه يُنفِقُ نَفقَةَ الموسِرينَ ورَجَّحه الرَّافعيُّ مُعَلِّلًا بأنَّه لو أنفقَ نَفقَةَ المعسِرينَ لما أنفقَ على القَريب ، رُدَّ بأنَّ اليسارَ المعتبَرَ في نَفقَةِ الزَّوجَةِ (٥) غيرُ المعتبَرِ في نَفقَةِ

---

(١) (قوله : وفارَقَت الولَدَ المُتجَدِّدَ إلخ) يُؤخَذُ من هذا الفرقِ أنَّه لو اشترَى عبدًا لِلخدمَةِ في الذِّمَّةِ ، وقُلنا : لا يُباعُ في الدَّينِ أنَّه كالزَّوجةِ ، لأنَّه حَدَثَ باختيارِه ، ويُحتَمَلُ الفرقُ لِحاجَته إليه ، وقال في الخادِمِ : الظَّاهرُ أنَّه يُنفِقُ عليه ، وقولُه : الظَّاهرُ أنَّه يُنفِقُ عليه أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : قال الزَّركَشيُّ ولينظُر إلخ) أي كالناشِريِّ .

(٣) (قوله : والأوجَه ما اقتضاه كلامُهم لا) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : هو المُعتمَدُ إلخ) قال في الكِفايةِ : وهو الحقُّ .

(٥) (قوله : رُدَّ بأنَّ اليسارَ المُعتبَرَ في نَفقَةِ الزَّوجةِ إلخ) أي فالموسِرُ في نَفقَةِ القريب مَنْ يفضُلُ مالُه عن قوته وقوت عيالِه وفي نَفقَةِ الزَّوجةِ مَنْ يكونُ دَخلُه أكثرَ من خَرجِه ف س . قال بعضُهم : ووجَدنا المُعسِرَ قد يُنفِقُ على قَريبه في صورٍ منها لو كان في مِلكِه عَقارٌ لا يكْفيه دَخلُه فإنَّه فقيرٌ أو مِسكينٌ كما ذكروه في الزَّكاةِ ، وهو مُعسِرٌ في نَفقَةِ الزَّوجةِ ، وتجِبُ عليه نَفقَةُ القريب ، لأنَّ العقارَ يُباعُ في نَفقَةِ القريب ، ومنها لو لَم يكُن له إلا مَسكَنٌ ، وخادِمٌ فإنَّه فقيرٌ أو مِسكينٌ ، وهو مُعسِرٌ في نَفقَةِ الزَّوجةِ ، ويجِبُ عليه نَفقَةُ القريب ، ويُباعُ فيها المسكَنُ والخادِمُ ، ومنها لو لَم يكُن معه مالٌ وله كَسبٌ واسِعٌ فنَفقَةُ قَريبه واجِبةٌ عليه ، وهو مُعسِرٌ في نَفقَةِ الزَّوجةِ .

القَريب ، وبأنَّ نَفقَةَ الزَّوجَةِ لا تسقطُ بمُضيِّ الزَّمانِ بخِلافِ القَريب فلا يلزَمُ من انتِفاءِ الأولِ انتِفاءُ الثّاني .

واعلم أنَّهم ذَكروا في وليِّ الصَّبيِّ أنَّه لا يُنفِقُ على قَريبه إلا بعدَ الطَّلَب فليكن هنا مِثله بل أولى لِمُزاحَمَةِ حَقِّ الغُرَماءِ ، وإنَّما يُنفِقُ عليهم ويكسوهم من مالِه **(إنْ لم يكنْ له كسبٌ)** لائِقٌ [١] به وإلا فلا بل يُنفِقُ ويكسو من كسبه فإنْ فضَلَ منه شيءٌ رُدَّ إلى المالِ أو نَقَصَ كمُلَ من المالِ فإن امتَنعَ من الكسب فقَضيَّةُ كلامِ المنهاجِ والمطْلَب أنَّه يُنفِقُ عليه [٢] من مالِه واختارَه الإسنَويُّ وقَضيَّةُ كلامِ المتولِّي خِلافُه ، واختارَه السُّبكيُّ [٣] ، والأولُ / أنسَبُ بقاعِدَةِ الباب من أنَّه لا يُؤمَرُ بتحصيلِ ما ١٩٣/٢ ليس بحاصِلٍ ويستمِرُّ الإنفاقُ والكِسوةُ من مالِه [٤] **(حتّى تُقَسَّمَ)** ، لأنَّه مُوسِرٌ ما لم يزُلْ مِلكُه .

(ويُباعُ مسكنُه وخادِمُه ولو احتاجَه) أي كُلاً منهما **(ومَركُوبُه)** ولو احتاجَه لأنَّ تحصيلها بالكِراءِ سَهلٌ بخِلافِ ما يأتي فإنْ تعذَّرَ فعلى المسلِمينَ [٥] ، ويُفارِقُ الكفَّارَةَ المرَتَّبَةَ حَيثُ يعدِلُ مَنْ لَزِمَته إلى الصَّومِ وإن كان له ذلك ولا يلزَمُه صَرفُها إلى الإعتاقِ بأنَّ الكفَّارَةَ لها بَدَلٌ ينتقِلُ إليه ، والدّينُ بخِلافِه وبأنَّ حُقوقَ الله - تعالى - مَبنيَّةٌ على المساهَلَةِ بخِلافِ حُقوقِ الآدَميِّينَ ، وقولُه : ولو احتاجَه مُوفٍ بقولِ أصلِه وإنْ كان مُحتاجًا إلى مَنْ يخدُمُه وبما فسَّرناه به يكونُ أعَمَّ منه ، ولو قال : ولو احتاجَهما كان أولى ، وأولى منه أنْ يقولَ : ولو احتاجَها ويُؤخِّرُه عن قولِه ومَركُوبه **(ويترُكُ له)** إنْ كان المتروكُ في مالِه **(أو يشتري)** له إنْ لم يكنْ فيه

---

(١) (قوله : إنْ لَم يكُن له كَسبٌ لائِقٌ) قال الأذرَعيُّ : ولا شَكَّ أنَّه لو رَضي لِنفسِه بما لا يليقُ به وهو مُباحٌ لَم يُمنَع منه وكَفانا مُؤنَته .

(٢) (قوله : فقَضيَّةُ كلامِ المنهاجِ والمطْلَب أنَّه يُنفِقُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : واختارَه السُّبكيُّ) وقال غيرُهما لو فصَّلَ بين أنْ يتكرَّرَ ذلك منه ثَلاثَ مَرّاتٍ أو لا لَم يبعُد .

(٤) (قوله : ويستمِرُّ الإنفاقُ والكِسوةُ من مالِه إلخ) قال شيخُنا : ويُحجَرُ عليه فيما أخَذَه لِلنَّفقَةِ فإنْ صَرَفه فيما ينفعُ الغُرَماءَ كأنِ اشترَى به شيئًا صَحَّ ، أو فيما يضُرُّهم كأنْ وهَبَه أُمتُنِعَ .

(٥) (قوله : فإنْ تعَذَّرَ فعلى المُسلِمينَ) قال شيخُنا : يُمكِنُ أنْ يحمِلَ التعَذُّرَ على مُطلَقِ ما يجِبُ له فلا يكونُ شامِلا لِما إذا احتاجَ لِلرُّكوب لِمَنصِبٍ ونحوِه حيثُ لا يشتري له ، وقولُه فعلى المُسلِمينَ أي عندَ تعَذُّرِ بَيْت المالِ .

(دُسَت ثَوبٍ لائِقٍ) به مِمَّا يعتادُه (من قَميصٍ وسَراوِيلَ ومنديلٍ ومُكعَّبٍ) أي مَداسٍ قال في أصلِ الروضَةِ : ومَنْعَلٍ - وهو كما قال جَماعَةٌ - وهمٌ (ويُزادُ جُبَّةً) أو ما في مَعناها من فروةٍ (في الشّتاءِ) ، لأنَّه مُحتاجٌ إلى ذلك ولا يُؤَخِّرُ غالِبًا وذكرَ المنديلَ في زيادَتِه (ويُترَكُ له عِمامَةٌ وطَيلَسانٌ وخُفٌّ ودُرَّاعَةٌ) بضَمِّ المهمَلَةِ يلبَسُها (فوقَ القَميصِ) أو نَحوه مِمَّا يليقُ به (إنْ لاقَتْ) أي المذكُوراتُ (به) لِئَلا يحصُلَ الإرداءُ بمَنصِبه ، وتُزادُ المرأةُ مِقنَعَةً وغيرَها مِمَّا يليقُ بها قال الإسنَوِيُّ : وسُكوتُهم عَمَّا يُلْبَسُ على الرَّأسِ تحت العِمامَةِ يُشعِرُ بعَدَمِ اعتِبارِه فيه نَظَرٌ ، والذي يظْهَرُ إيجابُه [1] ، وذكرَ نَحوه الأذرَعِيُّ قال : ويُقالُ لِما تحتها القَلَنسوةُ وكأنَّهم اكتفوا بذِكرِ العِمامَةِ عن ذِكرِه .

ثُم رَأيت القاضي ذَكرَ أنَّه تُترَكُ له القَلَنسوةُ وهو واضِحٌ ومِثلُه تِكَّةُ السَّراوِيلِ ا هـ (ويُرَدُّ إلى اللائِقِ) به حالَ إفلاسِه (أنْ تعودَ) قبله (الأشرَفَ في اللُّبسِ) أي فوقَ ما يليقُ به (لا) أنْ تعودَ قبله (التقْتيرُ) فلا يُرَدُّ إلى اللائِقِ [2] به بل إلى ما تعَوَّدَه من التقْتيرِ (ويُترَكُ لعِيالِه من الثوب مِثلُه) أي مِثلُ ما تُرِك له (ويُباعُ البُسُطُ والفُرُشُ ويُتسامَحُ في حَصيرٍ ولِبَدٍ حَقيرينِ) [3] أي قَليلَي القيمَةِ (ويُترَكُ لهم) أيضًا (قوتُ يومِ القِسمَةِ وسُكناه) وإنْ كان باقيه بعدَها ، لأنَّه مُوسِرٌ في أولِه بخِلافِ ما بعدَه لِعَدَمِ ضَبطِه ، ولأنَّ حُقوقَهم لم تجِبْ فيه أصلا ، وألحَقَ البَغوِيّ ومَن تبعَه باليومِ لَيلَته أي الليلَةَ التي بعدَه [4] ، (و) يُترَكُ (ما يُجَهَّزُ به مَن مات منهم [5] ذلك اليومَ أو قبله مُقدَّمًا) به (على الغُرَماءِ) قال العبَّاديُّ : ويُترَكُ للعالِمِ كُتُبُه

---

(١) (قوله : والذي يظهَرُ إيجابُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فلا يُرَدُّ إلى اللأئِقِ به إلخ) لأنَّه رَضي به في حالِ الاختيارِ ففي حالَةِ الضَّرورَةِ أولى .

(٣) (قوله : ويتسامَحُ في حَصيرٍ ولِبَدٍ) وكِساءٍ خَليعٍ ع .

(٤) (قوله : أي اللَّيلَةُ التي بعدَه) فلو قَسَّمَ لَيلا ترَكَ له قوتها وقوت اليومِ بعدَها .

(٥) (قوله : وما يُجَهَّزُ به مَن مات منهم) شَمِلَ الواجِبَ في تجهيزِه ، وكذا المندوبُ إنْ لم تمنعه الغُرَماءُ .

وتبعَه ابنُ الأُستاذِ وقال (١) تفقُّهًا : يُترَكُ للجُنديِّ المرتزِقِ خيلُه وسِلاحُه (٢) المحتاجُ إليهما بخِلافِ المتطوِّعِ بالجِهادِ ، فإنَّ وفاءَ الدَّينِ أولى إلا أنْ يتعَيَّنَ عليه الجِهادُ ولا يجِدُ غيرَهما ، أمَّا المصحَفُ فيُباعُ قال السُّبكيُّ : لأنَّه محفوظٌ فلا يحتاجُ إلى مُراجعتِه ويسهلُ السُّؤالُ عن الغلَطِ من الحفظَةِ بخِلافِ كُتُبِ العِلْمِ .

(فصلٌ : لا يُؤمَرُ مُفلِسٌ بكسبٍ) لِوفاءِ الدَّينِ (٣) فلا يلزَمُه الكسبُ (٤) ولا إيجارُ نفسِه لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عُسرَةٍ فنَظِرَةٌ إلى مَيسَرَةٍ﴾ [البقرة ٢٨٠:] أمَرَ بإنظارِه ولم يأمُر باكتِسابه ولِقولِه ﷺ في خَبَرِ مُعاذِ السَّابقِ «ليس لكم إلا ذلك» وقاعِدَةُ الباب لا يُؤمَرُ بتحصيلِ ما ليس بحاصِلٍ (إلا غاصِبٌ ونَحوُه) مِمَّن تعَدَّى بسَبَبِ الدَّينِ فيُؤمَرُ بالكسب ولو بإيجارِ نفسِه هذا من زيادَتِه ، ونَقَله الإسنَويُّ عن ابنِ الصَّلاحِ عن أبي عبدِ الله / الفراوِيِّ (٥) ، ثُم قال : وهو واضِحٌ ؛ لأنَّ التوبَةَ ١٩٤/٢

---

(١) (قوله : وتبعَه ابنُ الأُستاذ) ونَقَله في المجموعِ في قَسمِ الصَّدَقات وسَكَت عليه قال الأذرَعيُّ : وذكرَه غيرُ العبَّاديِّ وقال الإسنَوِيُّ : لَم أرَ ما يُخالِفُه ، وفي الشرحِ والرَّوضَةِ في قَسمِ الصَّدَقات ما يوافِقُه ا هـ . قال القموليُّ : ولا يترُكُ له رَأسَ مالٍ يتَّجِرُ فيه ، وعن ابنِ سُرَيجٍ أنَّه يترُكُ له ما يتوصَّلُ به إلى تحصيلِ قوته إذا كان لا يُحسِنُ الاكتساب إلا بالتِّجارَةِ وزَيَّفوه ويقربُ منه قولُ العبَّاديِّ : إنَّه يترُكُ لِلفقيه كُتُبَ الفِقه دونَ المُصحَفِ .

(٢) (قوله : وقال تفقُّهًا يترُكُ لِلجُنديِّ المُرتزِقِ خَيلَه إلخ) قال السُّبكيُّ : وهو أولى من الفقِيه بالإبقاءِ فإنَّها مُستحَقَّةٌ لِلجِهادِ بسَبَب ما يأخُذُه من بَيْت المالِ .

(٣) (قوله : لا يُؤمَرُ مُفلِسٌ بكَسبٍ لِوفاءِ الدَّينِ إلخ) فلو وُجِدَ عَيْنٌ ماليَّةٌ عندَ مُفلِسٍ وطَلَبَ الغُرَماءُ أخذَها فأبَى المُفلِس لَم يُجبَر عليه ، نُصَّ عليه وكُتِبَ أيضًا فرقٌ بينه وبين وُجوب الكَسب لِنَفقَةِ القريب بأنَّ قدرَها يسيرٌ مَضبوطٌ ، وبأنَّ فيها إحياءَ بعضِه بخلافِ الدَّيْنِ ، وفي فتاوى البغَويِّ : وتُباعُ آلاتُ حِرفته إن كان مَجنونًا ، ومَفهومُه أنَّها لا تُباعُ إنْ كان عاقِلا ، قال في الأنوارِ : والأصحُّ خلافًا عِبارَةُ الفتاوى : المُفلِس إذا كان مُحترِفًا تُباعُ عليه آلَةُ حِرفته في الدَّيْنِ ا هـ ولَعَلَّ النُّسخَةَ التي وقَف عليها صاحِبُ الأنوارِ كان فيها تَحريفٌ فاشتبَهَ لَفظُ المُحترِفِ بالمجنونِ .

(٤) (قوله : فلا يلزَمُه الكَسبُ إلخ) كما لا يلزَمُه قبولُ الهَديَّةِ والصَّدَقَةِ .

(٥) (قوله : ونَقَله الإسنَويُّ عن ابنِ الصَّلاحِ عن أبي عبدِ الله الفراوِيِّ) ونَقَله القموليُّ عن الدَّارَكيِّ وفي باب التوبةِ من الإحْياءِ مَن استطاعَ الحجَّ ، ولَمْ يَحُجَّ حتى أفلَسَ فعليه الخُروجُ ، فإنْ لَم يقدر فعليه أنْ يكتسِبَ من الحلالِ قدرَ الزَّادِ ، فإنْ لَم يقدر فعليه أنْ يسألَ النَّاسَ لِيُصْرَف إليه من الزَّكاةِ أو الصَّدَقَةِ ما يَحُجُّ به ، وهو أبلَغُ مِمَّا قاله الفراوِيُّ فإنَّ الحجَّ حَقٌّ لِلَّه .

(تنبيهٌ) مَنْ مات وعليه دَيْنٌ فإنْ تعَدَّى به أُخذَ من ثَواب حَسَناته بقدرِه فإن ....=

من ذلك واجبةٌ وهي مُتوقِّفةٌ في حُقوقِ الآدَميِّينَ على الرَّدِّ ، قال الأذرَعيُّ : وليس ذلك ببعيدٍ وقد أوجَبوا على الكسوب كسبَ نَفقَةِ الزَّوجَةِ والقَريب وجعلُوه غَنيًّا بذلك انتهى . والتحقيقُ أنَّ وُجوبَ ذلك ليس لإيفاءِ الدّينِ بل للخُروجِ من المعصيةِ ، وليس الكلامُ فيه (ولا يُمكِنُ من تفويتِ حاصِلٍ) لِمُنافاتِه غَرَضَ الحجرِ ، وفرَّعَ على لا يُؤمَرُ إلى آخِرِه قولُه (فلا يلزَمُه تركُ القِصاصِ) الواجِب له بجنايةٍ عليه أو على غيرِه كرَقيقِه (للأرشِ) أي لأجلِه ؛ لأنَّه في معنى الكسب ، (وليس له) ولا لِوارثِه (العفوُ عن المالِ) الواجِب له بجنايةٍ ؛ لِما فيه من تفويتِ الحاصِلِ (ولا المسامَحةُ بصِفةٍ) مَقصودةٍ مَشروطةٍ في المسلِمِ فيه أو نحوِه (عِندَ التقاضي) له (وعليه أنْ يُؤَجِّرَ لهم) أي لأجلِهم (مُستولَدَته [١] ومَوقوفًا عليه) ؛ لأنَّ مَنفعَةَ المالِ مَآلٌ كالعينِ بدَليلِ أنَّها تُضمَنُ بالغصب بخِلافِ مَنفعَةِ الحُرِّ فيصرِفُ بَدَلَ مَنفعَتِهما لِلدَّينِ ، ويُؤجَرانِ مَرَّةً بعدَ أُخرَى إلى البَراءَةِ [٢] ، قال في الأصلِ : وقَضيَّةُ هذا إدامَةُ الحجرِ إلى البَراءَةِ [٣] وهو كالمستبعَدِ ، قال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ أنَّ الموصَى بمَنفعَتِه له كالمستولَدَةِ والموقوفِ قال في الروضَةِ : وأفتى الغزاليُّ بأنَّه يُجبَرُ على إجارَةِ الوقفِ أي بأُجرةٍ مُعَجَّلَةٍ ما لم يظهَر تفاوُتٌ بسَبَب تعجيلِ الأُجرةِ إلى حدٍّ لا يتغابَنُ به النَّاسُ في غَرَضِ قَضاءِ الدّينِ والتخَلُّصِ من المطالَبَةِ انتهى . ومِثلُه المستولَدَةُ .

= فنيتْ طُرِحَ عليه من عِقاب سَيِّئَات الدَّائِنِ ثم أُلقِي في النارِ وإنْ لَم يتعَدَّ به فإنَّه يُؤخَذُ من ثَواب حَسَناته في الآخرَةِ كما تُؤخَذُ أموالُه في الدُّنيا حتى يصيرَ فقيرًا لا مالَ له ولا يُؤخَذُ ثَوابُ إيمانِه كما لا يُؤخَذُ في الدُّنيا ثيابُ بَدَنِه فإن فنيتْ حَسَناتُه لَم يُطرَحْ عليه شيءٌ من سَيِّئَات خَصْمِه ، لأنَّه لَم يعصِ قاله الشيخُ عِزُّ الدِّينِ في القواعِدِ .

(١) (قوله : وعليه أنْ يُؤَجِّرَ لهم مُستولَدَته) وموقوفٌ عليه إنْ لَم يشرِطْ واقِفُه أنْ لا يُؤَجَّرَ ، وإلا فلا يُؤَجَّرُ ، وإجارَةُ أُمِّ الولَدِ لا تختصُّ بالمحجورِ بل تطَّرِدُ في كُلِّ مَديونٍ ، وشَمِلَ كلامُهم ما إذا كان ما يحَصُلُ منهما لا يزيدُ على قدرِ مُؤْنَته ومُؤْنَةِ مَنْ يمُوْنُه ، وإنْ خالَفَ فيه بعضُ المتأخِّرينَ .

(٢) (قوله : ويُؤَجَّرانِ مَرَّةً بعدَ أُخرَى إلى البراءَةِ) قال السُّبكيُّ : أو يُؤَجَّرُ دَفعَةً بأُجرَةٍ مُعَجَّلَةٍ كما أشارَ إليه الغزاليُّ .

(٣) (قوله : قال في الأصلِ : وقَضيَّةُ هذا إدامَةُ الحجرِ إلى البراءَةِ) وهو كالمُستبعَدِ ، وفي الصَّغيرِ أنَّه بَعيدٌ ، وقال السُّبكيُّ : وغيرُه إنَّما مُقتضاه فكُّه بالكُلِّيَّةِ أو بالنِّسبةِ إلى غيرِ المأجورِ ، وقد ذكرا نَظِيرَه .

(فصلٌ : لا يفُكُّ هذا الحجرَ إلا الحاكمُ) (١) ، لأنَّه لا يثبُتُ إلا بإثباتِه فلا يرتفعُ إلا برَفعِه كحَجرِ السَّفه ، لأنَّه يحتاجُ إلى نَظَرٍ واجتهادٍ فلا ينفكُّ بنفسِه وإن قُسِّمَتْ أموالُه ولا باتِّفاقِ الغُرَماءِ على رَفعِه كما ذكَرَه بقولِه **(ولو رَضِي الغُرَماءُ)** لاحتِمالِ غَريمٍ آخَرَ فاعتُبِرَ نَظَرُ الحاكِمِ وما ذُكِرَ من أنَّه لا بُدَّ من فكِّه له نَصَّ عليه في الأُمِّ ، وله فيها نَصٌّ آخَرُ ظاهِرُه أنَّه ينفكُّ بنفسِه **(فلو باعَ)** المفلِسُ **(مالَه من الغُرَماءِ)** بدَينِهم أو ببعضِه أو بعَينٍ **(أو)** من **(غيرِهم بإذنِهم لم يصِحَّ)** البيعُ **(إلا بإذنِ الحاكِمِ)** (٢) لاحتِمالِ غَريمٍ آخَرَ .

(فصلٌ : ومَنْ وجَدَ من الغُرَماءِ) عِندَ المفلِسِ **(عَينَ مالِه قبلَ قبضِ الثَّمَنِ أو عَينَ ما أقرَضَ)** له **(فله الفسخُ)** للعَقْدِ واستِردادُ العينِ **(ولو بلا حاكِمٍ)** لِخَبَرِ الصَّحيحَينِ «إذا أفلَسَ الرَّجُلُ (٣) ووجَدَ البائعُ سِلعَته بعَينِها فهو أحَقُّ بها من الغُرَماءِ» (٤) وقياسًا على خيارِ المسلِمِ بانقِطاعِ المسلمِ فيه ، وعلى المكتري بانهدامِ الدّارِ بجامِعِ تعَذُّرِ استيفاءِ الحقِّ ، ولو قبَضَ بعضَ الثَّمَنِ فُسِخَ فيما يُقابِلُ بعضَه الآخَرَ ، وقد يجِبُ الفسخُ بأنْ يقَعَ ممَّنْ يلزَمُه التصَرُّفُ بالغِبطَةِ كأنْ يكونَ مُكاتبًا أو وليًّا والغِبطَةُ في الفسخِ ، وسيأتي ضابطُ ما يُفسَخُ فيه ، وذكروا مسألَةَ القَرضِ هنا مع ذِكرِهم لها في بابه لِدَفعِ توهُّمِ أنَّه إنَّما يرجِعُ في العينِ إذا لم يتعَلَّقْ بها حَقُّ غيرِه من الغُرَماءِ **(وهو)** (٥) أي الفسخُ **(على الفورِ كالرَّدِّ بالعيبِ)** بجامِعِ دَفعِ الضَّرَرِ **(فإنْ**

---

(١) (قولُه : لا يفُكُّ هذا الحجرَ إلا الحاكِمُ) لو فكَّ الحاكِمُ عنه الحجرَ ثم ظَهَرَ له مالٌ أخفاه تبَيَّنَّا استمرارَ الحجرِ على الأصحِّ .

(٢) (قولُه : لَم يصِحَّ إلا بإذنِ الحاكِمِ) أي فإنَّه يصِحُّ قال الإسنَوِيُّ : ينبَغي أنْ يُتفطَّنَ إلى أنَّ صورَةَ المسألَةِ أنْ يكونَ دَيْنُهم من نوعٍ واحدٍ وباعَهم بلَفظٍ واحدٍ .

(٣) (قولُه :لِخَبَرِ الصَّحيحينِ «إذا أفلَسَ الرَّجُلُ »إلخ) ولِخَبَرِ الصَّحيحينِ «مَن أدرَكَ ماله بعَيْنِه عندَ رَجُلٍ قد أفلَسَ فهو أحقُّ به من غيرِه »وفي حُكْمِ الحجرِ بالفلَسِ الموتُ مُفلِسًا ففي خَبَرِ أبي هرَيْرَةَ «أيُّما رَجُلٍ أفلَسَ أو مات فصاحِبُ المتاعِ أحقُّ بمَتاعِه »ا هـ ويجوزُ له الفسخُ في بعضِ العينِ .

(٤) رواه البخاري ، كتاب الاستقراض وأداء الديون ، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع ... ، حديث (٢٤٠٢) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس ، حديث (١٥٥٩) .

(٥) (قولُه : وهو) أي الفسخُ على الفورِ لَم يُشترَطْ في الرَّوضَةِ في القرضِ الفورُ بل أفرَدَه بفرعٍ بعدَ أكثرَ من ورَقَةٍ فقال : اقترَضَ مالا ثم أفلَسَ فلِلمُقرِضِ الرُّجوعُ فيه ا هـ . ولا شَكَّ ....=

أخَّره جاهلا جوازَه) (١) أيِ الفسخِ (فوجهانِ) هذا لم يُصَرِّح به الأصلُ ، وإنَّما صرّحَ بالوجهَين في جَهْلِ بُطْلانِ الصُلْحِ فيما يأتي ، وأوجَهُهما - أخذًا من كلامِه - أنَّه لا ينبطُلُ حَقُّه (٢) كالرَّدِّ بالعيب بل أولى ؛ لأنَّ هذا مِمَّا يخفى غالبًا بخِلافِ ذاك، أمَّا إذا كان عالِمًا بجوازِه فيبطُلُ حَقُّه لِتقصيرِه (فإنْ صولِحَ عنه) أيِ الفسخِ (بمالٍ لم يصِحَّ) الصُلْحُ (وبطَلَ حَقُّه) من الفسخِ في حَقِّ العالِمِ ببُطْلانِ الصُلْحِ (لا) في حَقِّ (الجاهلِ) به كما في الصُلْحِ عن الرَّدِّ بالعيب ، وقد مَرَّ (ولو حَكَمَ بمَنْعِ الفسخِ حاكِمٌ لم يُنْقَضْ) حُكْمُه ؛ لأنَّ المسألَةَ اجتهاديَّةٌ (٣) واستُشكِلَ بما مَرَّ من أنَّه لا يحتاجُ في الفسخِ إلى حاكِمٍ لِثُبوتِه بالنَّصِّ ، والقاعِدَةُ أنَّ الحُكْمَ إذا عارَضَ النَّصَّ أو القياسَ الجليَّ يُنْقَضُ .

وقد يُجابُ بأنَّ الحُكْمَ بما ذُكِرَ لم يُخالِف النَّصَّ المذكُورَ ؛ إذ مُفادُ النَّصِّ أنَّ
٢/١٩٥ البائِعَ أحَقُّ بمَتاعِه من غيرِه وليس / هو نَصًّا في الفسخِ ؛ لأنَّه يُحتَمَلُ أنَّه أحَقُّ بعَينِ مَتاعِه ، وأنَّه أحَقُّ بثَمَنِه وإنْ كان الأولُ أظهَرَ (والفسخُ أنْ يقولَ فَسَختُ البيعَ أو نَقَضْته أو رَفعتُه) أو نَحوها (ولو قال رَدَدْت الثَّمَنَ أو فَسَختُ البيعَ فيه كفى) في الفسخِ (وإنْ أعتقَه) أي مالَه الذي وجَدَه (أو باعَه) مَثَلا (لم يكنْ فسخًا) (٤) كما لا يكونُ فسخًا في الهبَةِ للولَدِ وتلْغو هذِه التصَرُّفاتُ لِمُصادَفتِها مِلْكَ الغيرِ .

(فرعٌ : لو قال الغُرَماءُ أو الوارِثُ) أي غُرَماءُ المفلِسِ أو وارِثُه لِمَنْ وُجِدَ مالُه عِنْدَه (نحن نُقَدِّمُك بالثَّمَنِ ولا تفسَخْ لم تلْزَمه) إجابَتُه للمِنَّةِ وخَوفِ ظُهورِ مُزاحِمٍ، فإنْ قُلْت : ما الفرقُ بينه وبين ما لو ساوى الدَّينُ مالَه وقُلْنا يُحجَر به حَيثُ يُمْنَعُ الواجِدُ لِمالِه من الفسخِ على الأشبَه في الشرحِ الصَّغيرِ مع وُجودِ خَوفِ المزاحَمَةِ ؟

= أنَّه لا يُشترَطُ الفورُ بل لا حاجةَ إلى ذكْرِها ؛ لأنَّها تقَدَّمَتْ في بابِها بل قولُه فأفْلَسَ يُفهِمُ اشتراطَه كَغيرِه ، وليس كذلك .

(١) (قوله : فإنْ أخَّرَه جاهلا جَوازَه فوجهانِ) أصَحُّهما إبقاءُ حَقِّه .

(٢) (قوله : وأوجَهُهما أخذًا من كلامِه أنَّه لا يبطُلُ حَقُّه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لأنَّ المسألَةَ اجتهاديَّةٌ) لكثْرَةِ الخلافِ فيها ، قولُه : أو فَسَختُ البيعَ فيه أي ورَجَعت في المبيعِ .

(٤) (قوله : وإنْ أعتقَه أو باعَه لَم يكُنْ فسخًا) لأنَّ الفِعلَ لا يقوى على رَفعِ المِلْكِ المُستقِرِّ بخلافِه في زَمَنِ الخيارِ لِعَدَمِ استقرارِ المِلْكِ .

قُلت في تِلْك إذا ظَهَرَ مُزاحِمُه وزاحَمَه الظَّاهرُ أنَّه لا يفوتُ عليه بل يرجِعُ فيما يُقابلُ ما زُوحِمَ به وإنَّما مُنِعَ من الرُّجوعِ ابتِداءً ؛ لأنَّه قد وُجِدَ في المالِ ما يُوفِّي حَقَّه (وكذا) لا تلزَمُه الإجابَةُ (إنْ تبرَّعَ به أحدُ الغُرَماءِ) أو كُلُّهم (أو أجنبيٌّ) للمِنَّةِ ولِما في ذلك من إسقاطِ حَقِّه فكان كالزَّوجَةِ إذا تمكَّنَتْ من فسخِ النِّكاحِ لإعسارِ الزَّوجِ بالنَّفقةِ فتبرَّعُ أجنَبيٌّ عنه بها لا يلزَمُها القَبولُ وقولُ الزَّركشيِّ : هذا في الحيِّ أمَّا لو تبرَّعَ مُتبرِّعٌ بقَضاءِ دَينِ الميِّتِ فللقاضي فيه جوابانِ ، والذي استقَرَّ عليه أنَّه يلزَمُ رَبَّ الدَّينِ القَبولُ أو الإبراءُ ؛ لأنَّه في الموتِ آيِسٌ من القَضاءِ بخِلافِه في الحياةِ لا يُلاقي ما نحن فيه من أنَّ رَبَّ المتاعِ أحَقُّ بمَتاعِه .

(فإنْ أجابَ) المتبرِّعينَ بالثَّمنِ (وقدَّموه) به (ثُم ظَهَرَ غريمٌ) آخَرُ (لم يُزاحِمه) فيما أخَذَه ؛ لأنَّه في وجهٍ لا يدخُلُ في مِلْكِ المفلِسِ [1] وفي وجهٍ يدخُلُ فيه لكن ضِمنًا ، وحُقوقُ الغُرَماءِ إنَّما تتعَلَّقُ بما دَخَلَ في مِلْكِه أصالَةً ، أمَّا لو أجابَ غيرُ المتبرِّعينَ فلِلَّذي ظَهَرَ أنْ يُزاحِمَه ثُم إنْ كانتِ العينُ باقيةً ، فيُحتمَلُ أنْ يرجِعَ فيما يُقابلُ ما زوحِمَ به ؛ لأنَّه لم يرضَ بتركِ حَقِّه إلا بشرطِ أنْ يُسَلَّمَ له كُلُّ الثَّمَنِ ولم يُسَلَّمْ ويُحتمَلُ خِلافُه [2] ؛ لأنَّه مُقَصِّرٌ حَيثُ أخَّرَ [3] حَقَّ الرُّجوعِ مع احتِمالِ ظُهورِ غريمٍ يُزاحِمُه نَبَّهَ على ذلك في المطلَبِ، والاحتِمالُ الثَّاني أوجَه وفي كلامِه إشارَةٌ إليه لكنَّ الموافِقَ لكلامِ الماورديِّ الآتي الأولُ، وقولُ المصنفِ من زيادَتِه ، وقَدَّموه لا حاجَةَ إليه بل رُبَّما يُوهِمُ خِلافَ المرادِ (فلو قال) له (وارِثُ المشتري : أنا أُعطيك) الثَّمَنَ (من مالي) ولا تفسَخْ (لزِمَ) هـ (القَبولُ) [4] ؛ لأنَّ الوارِثَ خَليفةُ المورِثِ فله تخليصُ المبيعِ ، ولأنَّه يبغي بذلك بَقاءَ مِلْكِه [5] ؛ لأنَّ حَقَّه مُتعَلِّقٌ بعَينِ التركةِ بخِلافِ الأجنَبيِّ .

(فرعٌ :) تضَمَّنَ كلامُ الماورديِّ أنَّه لو قَدَّمَ الغُرَماءُ المرتهنَ بدَينِه سَقَطَ حَقُّه من

---

(١) (قولُه : لأنَّه في وجهٍ لا يدخُلُ في مِلكِ المُفلِسِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ويُحتمَلُ خلافُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لأنَّه مُقَصِّرٌ حيثُ أخَّرَ إلخ) قد يُؤخَذُ من تعليلِه أنَّه في العالِمِ بالمُزاحَمَةِ ، وليس كذلك .

(٤) (قوله : فلو قال وارِثُ المُشتري : أنا أُعطيك من مالي لَزِمَه القبولُ) شَمِلَ ما إذا لَم يكُن لِلمُشتري تركَةٌ

(٥) (قوله : ولأنَّه يبغي بذلك بَقاءَ مِلكِه) ؛ لأنَّ التركَةَ مِلكُه فأشبَهَ فكَّ المرهونِ وفِداءَ الجاني .

المرهونِ بخِلافِ البائِعِ ، ويُفرّقُ بأنَّ حَقَّ البائِعِ آكدُ ؛ لأنَّه في العينِ ، وحَقُّ المرتهنِ في بَدَلِها **(ولو امتنعَ المشتري من تسليمِ الثَّمَنِ أو غابَ أو ماتَ وهو مَليءٌ)** في الثلاثِ **(وامتنعَ الوارثُ)** من التسليمِ في الأخيرةِ **(لم يرجِع)** أيِ البائِعُ **(في عَينِ المبيعِ)** لِعَدَمِ عَيبِ الإفلاسِ الذي هو مَناطُ جِوارِ الرُّجوعِ ولإمكانِ الاستيفاءِ بالسُّلطانِ ، فإنْ فُرِضَ عجْزٌ فنادِرٌ لا عِبْرَةَ به بخِلافِ ما إذا كان غيرَ مَليءٍ فيرجِعُ فيها **(ولا يرجِعُ)** فيها **(إن انقطَعَ جِنسُ الثمَنِ ؛ لأنَّ له الاعتياضَ عنه)** واستشكله في المهمَّاتِ بأنَّ المعقودَ عليه إذا [١] فات جازَ الفسخُ لِفواتِ المقصودِ منه وقد جزَمَ به الرَّافعيُّ في فواتِ المبيعِ ، وذكرَ أيضًا أنَّ إتلاف الثَّمَن المعَيَّنِ كاتلافِ المبيعِ حتّى يقتضي التخييرَ ، وإذا جازَ الفسخُ لِفواتِ عَينِه مع إمكانِ الرُّجوعِ إلى جِنسِه ونَوعِه فلِفَوَاتُ الجِنسِ أولى ، ويُجابُ بأنَّ المِلْك هنا قَوِيٌّ [٢] ، إذ العِوضُ في الذِّمَّةِ فبعدَ الفسخِ وهناك المِلْكُ ضَعيفٌ ؛ لأنَّ صورَةَ المسألَةِ أنَّ المعقودَ عليه مُعَيَّنٌ ، وأنَّه فات بإتلافِ الأجنَبيِّ قبلَ القبضِ فساغَ الفسخُ بل فيها قولٌ أنَّ العقدَ ينفسِخُ كالتلَفِ بآفةٍ سَماوِيَّةٍ .

(فرعٌ : لو كان بثَمَنِ المبيعِ ضَمينٌ مَليءٌ لم يرجِع) [٣] أيِ البائِعُ على المشتري بالمبيعِ **(ولو)** كان الضَّمانُ **(بلا إذنٍ)** لإمكانِ الوُصولِ إلى الثَّمَنِ من الضَّامِنِ فلم يحصُلِ التعذُّرُ بالإفلاسِ ، ولأنَّ الحقَّ قد ثَبَت في ذِمَّتِه وتوجَّهَت عليه المطالَبَةُ فالوُصولُ إليه منه كهو من المشتري بخِلافِ المتبرِّعِ به ، واقتَصَرَ في الروضَةِ على ما لو ضَمِنَ بلا إذنٍ ، وذكرَ فيه وجهَينِ بلا ترجيحٍ فالترجيحُ فيه ، وذكرُ حُكمِ الضَّمانِ

---

(١) (قولُه بأنَّ المعقودَ عليه إذا فات بجِنايةٍ) مُضَمَّنَةٍ .

(٢) (قوله : ويُجابُ بأنَّ المِلكَ هنا أقوى) أُجيبُ بأنَّ المُعَيَّنَ في العقدِ ثَمَّ لَمَّا أتلفه الأجنَبيُّ ثبَت التخييرُ فيه وهنا لَم يحصُل إتلافٌ منه ولا من عاقِدٍ بل انقطَعَ جِنسُه ، والذِّمَّةُ قابلَةٌ لِبَقاءِ الدَّينِ فيها ، والعودُ مُمكِنٌ ، واليسارُ لِلمَديونِ حاصِلٌ ، والاستبدالُ مُمكِنٌ فإثباتُ التخييرِ لِلبائِعِ لا وجهَ له بل إنْ شاءَ صَبَرَ ليأخُذَ الجِنسَ أو استبدَلَ فلا يختارُ الفسخَ لِذلك ، وقال ابنُ العِمادِ : إنَّ جَوازَ الفسخ إنَّما هو حيثُ لا حَجْرَ وهو واضِحٌ كانقِطاعِ المُسلَمِ فيه ؛ لأنَّ العينَ لَم يتعَلَّق بها حَقٌّ ، والكلامُ هنا في الانقِطاعِ بعدَ الحجْرِ ، وقد تعَلَّقَ حَقُّ الغُرَماءِ بالعينِ المبيعَةِ ، وقد تزيدُ زيادَةً مُتَّصِلَةً تزيدُ على أضعافِ ثمَنِها ، وفي الفسخِ إضرارٌ بالمُفلِسِ والغُرَماءِ .

(٣) (قوله : لو كان بثَمَنِ المبيعِ ضَمينٌ مَليءٌ إلخ) أي مُقِرٌّ أو عليه بَيِّنَةٌ يُمكِنُ الأخذُ بها .

بالإذنِ من زيادَةِ المصنفِ ، وكذا التقييدُ بمَليءٍ ، وقد قَيَّدَ به وبمُقِرٍّ الأذرَعيُّ [١] ثم قال : فلو كان مُعسِرًا أو جاحِدًا ، ولا بَيِّنَةَ فيرجِعُ لِتعَذُّرِ الثمَنِ بالإفلاسِ [٢] ،
١٩٦/٢ والترجيحُ المذكورُ هو / قَضيَّةُ كلامِ الأنوارِ ، لكن قال الزَّركشيُّ : الظَّاهرُ ترَجُّحُ الرُّجوعِ كما في المتبَرِّعِ ، ويشهَدُ له قولُ الماورديِّ في باب الضَّمانِ : لو أفْلَسَ الضَّامِنُ والأصيلُ وأرادَ الحاكِمُ بيعَ مالِهما في دَينِهما ، فقال الضَّامِنُ : ابدَأ بمالِ الأصيلِ وقال رَبُّ الدّينِ : أبيعُ مالَ أيِّكُما شِئت بدَيني ، فقال الشافعيُّ : إن كان الضَّمانُ بالإذنِ فالمجابُ الضَّامِنُ وإلا فرَبُّ الدّينِ انتهى . ويُجابُ بأنَّ المدرَك هنا تعَذُّرُ أخذِ الثمَنِ ، ولم يتعَذَّر ، وثَمَّ شَغْلُ ذِمَّةِ كُلٍّ من الضَّامِنِ والأصيلِ مع عَدَمِ الإذنِ في الضَّمانِ **(وكذا)** لا يرجِعُ **(لو كان به رَهنٌ يفي به ولو مُستعارًا)** لِما مَرَّ فإن لم يفِ به فله الرُّجوعُ فيما يُقابِلُ ما بَقي له وذكرُ مسألَةِ الرَّهنِ غيرِ المعارِ من زيادَتِه ، وكذا الترجيحُ في مسألَةِ المعارِ مع قولِه : يفي به وسَبَقَه إليه الأذرَعيُّ .

(فصلٌ : له الفسخُ في كُلِّ مُعاوضَةٍ مَحضَةٍ) [٣] لِما مَرَّ فخرج بالمعاوضَةِ الهبَةُ ونَحوُها ، وبالمحضَةِ غيرُها كالنّكاحِ والخُلعِ والصُّلحِ عن الدّمِ فلا فسخَ ؛ لأنَّها ليست في معنى المنصوصِ عليه لانتِفاءِ العِوضِ في الهبَةِ ونَحوِها ؛ ولِتعَذُّرِ استيفائِه في البَقيَّةِ، نَعَم لِلزَّوجَةِ بإعسارِ زَوجِها بالمهرِ أو النَّفقَةِ فسخُ النّكاحِ كما سَيأتي في بابِه لكن لا يختَصُّ ذلك بالحجرِ **(فيفسَخُ المُسلِمُ)** عَقدَ السَّلمِ **(إن وجَدَ رَأسَ مالِه)** كما في البيعِ **(فلو فات)** بتلَفٍ أو نَحوِه **(لم يفسَخ)** كما لو فات المبيعُ في البيعِ **(بل يُضارِبُ)** الغُرَماءَ **(بقيمَةِ المسلمِ فيه ثم يشتري له)** منه بما يَخُصُّه لامتِناعِ الاعتياضِ عنه ، نَعَم إن وجَدَ في المالِ صَرَف إليه كما ذَكرَه الأصلُ هذا إذا لم ينقَطِع المسلمُ فيه **(فلو انقطَعَ المسلمُ فيه فله الفسخُ)** لِثُبوتِه حينَئذٍ في حَقِّ غيرِ المفلِسِ ففي حَقِّه أولى وكالرَّدِّ بالعيب .

---

(١) (قوله : وقد قَيَّدَ به وبمُقِرٍّ الأذرَعيُّ) أي وغيره .

(٢) (قوله : فيرجِعُ لِتعَذُّرِ الثمَنِ بالإفلاسِ) ولينظَرْ فيما لو كان الدَّينُ حالاً على المُفلِسِ ، وضَمِنَه ضامِنٌ إلى أجَلٍ لَم يأتِ بعدُ هل يكونُ كالحالِّ عليهما أم له الفسخُ هنا مُطلَقًا .

(٣) (قوله : له الفسخُ في كُلِّ مُعاوَضَةٍ مَحْضَةٍ) من شُروطِه - أيضًا - أن لا يقومَ بالبائِعِ مانِعٌ كمَن أحرَمَ ، والمبيعُ صيدٌ في الأصحّ بخلافِ الكافِرِ ، والمبيعُ مُسلِمٌ كما في الزَّوائِدِ والمجموعِ عن المحامِليِّ خلافًا لِما في الكِفايةِ عن مُجَلِّيٍّ فتأمَّل الفرقَ ، والفرقُ بينه وبين الصَّيدِ أنَّ العبدَ المُسلِمَ يدخُلُ في مِلكِ الكافِرِ ، ولا يزولُ بنفسِه قَطعًا بخلافِ الصَّيدِ مع المُحْرِمِ . ع .

(و) له بعدَ الفسخِ (المضارَبَةُ برأسِ المالِ) كسائرِ الغُرَماءِ وكيفيَّةُ المضارَبَةِ إذا لم ينقَطِع المسلمُ فيه ما ذكَرَه بقولِه .

(فلو قوَّمنا المسلمَ فيه) فكانت قيمَتُه (عِشرينَ والدُّيونُ ضِعفُ المالِ فأفرَزْنا له) أي للمُسلِمِ من المالِ (عَشرَةً ورَخُصَ السِّعرُ) قبلَ الشِّراءِ (اشترَى له) بها (جَميعَ حَقِّه) إنْ وفت به وإلا قَبَضَه (والفاضِلُ) إن كان (للغُرَماءِ) وإنَّما اشترَى له الجميعَ اعتبارًا بيومِ القِسمَةِ (؛ لأنَّ المفرَزَ) له صارَ (كالمرهونِ) بحَقِّه وانقَطَعَ به حَقُّه من حِصَصِ غيرِه حتّى لو تلِف قبلَ التسليمِ إليه لم يتعَلَّق بشيءٍ ممَّا عِندَ الغُرَماءِ وبَقِي حَقُّه في ذِمَّةِ المفلِسِ ، (ولو ارتفعَ السِّعرُ) قبلَ الشِّراءِ فلم يُوجَد المسلمُ فيه إلا بأربعينَ مِثلاً (لم يزِدْ) على ما أُفرِزَ له فلا يُزاحِمُهم اعتبارًا بما مَرَّ (وإنْ حدَثَ للمُفلِسِ مالٌ بعدَ القِسمَةِ وزَوالِ الحجرِ) عنه (ثُم أُعيدَ الحجرُ عليه وقد أُعطي المسلِمُ) قبلَ زَوالِ الحجرِ (قدرًا من المسلمِ فيه) واحتيجَ إلى المضارَبَةِ ثانيًا (قوَّمناه) أي المسلمَ فيه ليُعرَف قدرُ ما يخُصُّ المسلِمَ ممَّا بَقِي له منه (بقيمَةِ وقتِ الحجرِ الثّاني وأخذِ حِصَّتِه) من المالِ بحَسَب تِلْكَ القيمَةِ (وإنْ كان المسلمُ فيه عبدًا أو ثوبًا) أو غيرَه من سائرِ المتقوِّماتِ (اشترَى له) الحاكِمُ أو مَأذونُه (بحِصَّتِه شِقْصًا) منه لِلضَّرورَةِ ، وهذا داخِلٌ فيما مَرَّ ، وإنَّما أفرَدَه بالذِّكرِ ، لِدَفعِ توهُّمِ أنَّه لا يشتري له بعضَ المتقوِّمِ لِلتَّشقيصِ وليُرتِّبَ عليه قولَه (فإنْ لم يُوجَدْ) شِقْصٌ (فله الفسخُ فلو تلِف بعضُ رَأسِ المالِ) وكان ممَّا يُفرَدُ بالعقدِ ، كما يُعلمُ ممَّا سَيأتي في البابِ وبَقِي بعضُه الآخَرُ (رجع في الباقي) منه (وضارَبَ بباقي المسلمِ) فيه .

(فصلٌ) وفي نُسخَةٍ «فرعٌ» (إذا استأجَرَ دابَّةً أو أرضًا وأفلَسَ) قبلَ تسليمِ الأُجرَةِ الحالةِ ومُضيِّ المدَّةِ (فللمُؤَجِّرِ الفسخُ) (١) تنزيلا للمَنافعِ مَنزِلَةَ الأعيانِ في البيعِ (فإنْ أجازَ) العقدَ أو فُسِخَ في أثناءِ المدَّةِ ، (ضارَبَ) الغُرَماءَ (بكُلِّ الأُجرَةِ) إنْ أجازَ (أو البعضَ) إنْ فسَخَ (ويُؤَجِّرُ الحاكِمُ) على المفلِسِ (العينَ) المؤَجَّرَةَ إنْ كانت فارِغَةً (للغُرَماءِ) أي لأجلِهم أمَّا لو كان الحالُّ بعضَ الأُجرَةِ كما في

---

(١) (قولُه : إذا استأجَرَ دابَّةً أو أرضًا وأفلَسَ فلِلمُؤَجِّرِ الفسخُ) قال البُلقِينيُّ : لو ماتَ المُستأجِرُ في إجارَةِ العينِ كالدّارِ والأرضِ ، ولَم يخلُف تركَةً ، ولَم يفسَخ المُؤَجِّرُ فانتفعَ الوارِثُ ، فالذي أفتيت به أنَّه إنَّما يلزَمُ بأُجرَةِ ما استوفاه لا بأزيَدَ منه ؛ لأنَّ الذي استوفاه هو التركَةُ ، والتركَةُ دَينٌ ، وإنَّما يلزَمُ الوارِثَ الوفاءُ بقدرِ التركَةِ ، وعلى هذا لو امتنَعَ الوارِثُ من الاستيفاءِ لَم يُجبَر عليه وله نَظِيرٌ في المُساقاةِ ذُكِرَتْ هذه المسألَةُ عندَه . م .

الإجارةِ المستحَقّ فيها أُجرَةٌ كُلَّ شَهرٍ عِندَ مُضيّه فلا فسخَ فيها ؛ لأنَّ شرطَه كونُ العِوضِ حالاً (١) ، والمعَوَّضِ باقيًا فلا يأتي الفسخُ قبلَ مُضيّ الشهرِ لِعَدَمِ الحُلُولِ ، ولا بعدَه لِفواتِ المنفعَةِ فهو كتلَفِ المبيعِ ، نَبَّهَ عليه ابنُ الصَّلاحِ في فتاويه (٢) ، / ١٩٧/٢
نَعَم لو آجَرَ شَيئًا بأُجرَةٍ بعضُها حالٌّ وبعضُها مُؤَجَّلٌ ، فالظَّاهرُ أنَّه يفسَخُ في الحالّ بالقِسطِ (وإنْ فسَخَ مُؤَجِّرُ الدابَّةِ في أثناءِ الطَّريقِ أو مُؤَجِّرُ الأرضِ وهي مَزروعَةٌ فعليه) في الأُولى (حَملُ المتاعِ) من غيرِ مَأمَنٍ (إلى المأمَنِ) لِئَلا يضيعَ (بأُجرَةِ مِثلٍ يُقَدَّمُ بها على الغُرَماءِ) ؛ لأنَّه لِصيانَةِ المالِ وإيصالِه إلى الغُرَماءِ فأشبَهَ أُجرَةَ الكيَّالِ .

(ويضَعُه) وُجوبًا في المأمَنِ (عِندَ الحاكِمِ) (٣) إن لم يجِد المالكَ أو وكيلَه ليحفظَ له (فإنْ وضَعَه عِندَ عَدلٍ بلا إذنِ الحاكِمِ فوجهانِ كنَظائِرِه) في الوديعَةِ وغيرِها فالأصَحُّ الضَّمانُ ، (وعليه) في الثانيةِ (تبقيَةُ الزَّرعِ إلى) وقتِ (الحصادِ) إنْ لم يُستحصَدْ (وللمُؤَجِّرِ) أقامَ فيه الظَّاهرَ مَقامَ المضمَرِ أي وله على المستأجِرِ (أُجرَةُ المِثلِ) على المدَّةِ الباقيةِ (يُقَدَّمُ بها على الغُرَماءِ) لِما مَرَّ هذا (إنْ أرادَ المفلِسُ والغُرَماءُ إبقاءَه) وإلا فإنْ أرادوا قَطعَه فذاك (وإنْ أرادَ بعضُهم القَطعَ) وبعضُهم الإبقاءَ (ولِلمَقطوعِ قيمَةٌ أُجيبَ) مُريدُ القَطعِ ؛ إذ لا يلزَمُه تأخيرُ حَقِّه برِضا غيرِه ؛ ولأنَّ المفلِسَ ليس عليه تنميةُ مالِه لهم ولا عليهم الصَّبرُ إلى النَّماءِ

---

(١) (قوله : لأنَّ شرطَه كونُ العِوضِ حالاً) قال أبو زُرعَةَ : يُتصَوَّرُ الفسخُ مع كونِ الأُجرَةِ كُلِّها ليستْ حالَّةً بأنْ تكونَ مُقَسَّطَةً لكن لَم يُجْعَل كُلُّ قِسطٍ في مُقابَلَةِ جُزءٍ من المُدَّةِ بل جُعِلَت أُجرَةُ السَّنَةِ مَثَلًا على قِسطَيْنِ أحدُهما بعدَ مُضيّ سِتَّةِ أشهرٍ ، والآخرُ سَلْخَ السَّنَةِ ، ولَم يُجْعَل القِسطُ الأَوَّلُ في مُقابَلَةِ السِّتَّةِ الأُولى ولا الثاني في مُقابَلَةِ الثانيةِ فإذا حُجِرَ على المُستأجِرِ بعدَ حُلولِ القِسطِ الأَوَّلِ وقد بَقِي سِتَّةُ أشهرٍ فله أنْ يفسَخَ منها بقدرِ ما يُقابِلُ الحالّ وهو نِصفُها ، وليس له الفسخُ في جَميعِها ؛ لأنَّ الأُجرَةَ التي حَلَّتْ والتي لَم تَحُلَّ كِلاهما في مُقابَلَةِ ما مَضَى وما بَقِي فلا يُمكِنُ الفسخُ فيما بَقِي بما تقابِلُه الأُجرَةُ التي لَم تَحُلَّ إلى الآنَ ، وإنَّما يفسَخُ فيما يُقابِلُ الحالّ خاصَّةً .

(٢) (قوله : نَبَّهَ عليه ابنُ الصَّلاحِ في فتاويه) اعترِضَ بأنَّ هذا لا يحتاجُ إلى التنبيه عليه ، ونَقَله عن ابنِ الصَّلاحِ فقط ، فإنَّه مَعلومٌ من قولِ الشيخَيْنِ في تصويرِهما لِلمَسألَةِ بقولِهما قبلَ تسليمِ الأُجرَةِ أو مُضيّ المُدَّةِ فعُلِمَ منه أنَّ المنافِعَ باقيةٌ ، وأنَّ الأُجرَةَ حالةٌ ، ومن قولِهما أيضًا : إنَّ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ لا يحِلُّ بالحجرِ ، والأُجرَةُ المُؤَجَّلَةُ كَسائِرِ الدُّيونِ م .

(٣) (قوله : ويضعُه عندَ الحاكِمِ) أي الأمينِ .

(وإلا) أي وإنْ لم يكنْ للمَقْطوعِ قيمَةٌ **(فلا)** يُجابُ مُريدُ القَطْعِ بل مُريدُ الإبقاءِ ؛ إذ لا فائِدَةَ لِمريدِ القَطْعِ فيه أمَّا إذا استُحصِدَ الزَّرعُ فله المطالَبَةُ بالحصادِ وتفريغِ الأرضِ **(فإنْ كان المؤَجِّرُ لم يأخُذ الأُجرَةَ الماضيةَ)** فيما إذا كان للمَقْطوعِ قيمَةٌ **(فهو غَريمٌ فله طَلَبُ القَطْعِ)** وحَيثُ وجَبَ بَقاءُ الزَّرعِ قال في الأصلِ : فالسَّقْيُ وسائِرُ المؤَنِ إنْ تطَوَّعَ بها الغُرَماءُ أو بعضُهم أو اتَّفقوا عليها بقدرِ دُيُونِهم فذاك ، وإن اتَّفقَ بعضُهم ليرجِعَ اعتُبِرَ إذنُ الحاكِمِ أو اتِّفاقُ الغُرَماءِ والمفلِسِ كما ذَكرَه المصنفُ بقولِه : **(وليس لِبعضِهم أنْ يُنفِقَ على الزَّرعِ ليرجِعَ إلا بإذنِ الحاكِمِ أو باتِّفاقِ الغُرَماءِ والمفلِسِ وحينَئِذٍ يُقَدَّمُ)** المنفِقُ **(به)** أي بما أنفقَه على بَقيَّةِ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لإصلاحِ الزَّرعِ .

(فلو أنفقوا) عليه بقدرِ دُيُونِهم ليرجِعوا بإذنِ الحاكِمِ **(ثُم ظَهَرَ غَريمٌ قَدَّمُوا)** عليه **(بما أنفقوا)** وقولي بإذنِ الحاكِمِ قُلْته تفقُّهًا [١] فلا يكفي إذنُ المفلِسِ لِقُصورِ رَأيِه عن رَأيِ الحاكِمِ **(فلو أنفقوا)** عليه **(من مالِ المفلِسِ)** بإذنِه أو بإذنِ الحاكِمِ **(جازَ)** لِحُصولِ الفائِدَةِ له ولهم **(وإنْ أنفقَ أحدُهم بإذنِ المفلِسِ)** فقط **(ليرجِعَ)** بما أنفقَه جازَ ، و **(لَزِمَ ذِمَّته)** أي المفلِسِ **(ولا يُضارِبُ به)** الغُرَماءَ لِحُدوثِه بعدَ الحجرِ **(أو)** أنفقَ **(بإذنِ باقي الغُرَماءِ)** فقط **(ليرجِعَ)** عليهم **(رجع)** عليهم **(في مالِهم)** قال السُّبكيُّ : ولِلشَّافعيِّ نَصٌّ ظاهرُه يقتضي أنَّ الغُرَماءَ مَتى طَلَبوا إبقاءَ الزَّرعِ وتطَوَّعوا بالسَّقْيِ أُجيبوا لكنَّه مُؤَوَّلٌ بما إذا وافقَهم المفلِسُ ، وإلا فعليه ضَرَرٌ في إدامَةِ الحجرِ عليه انتهى وكأنَّه فهِمَ أنَّ النَّصَّ فيما إذا كان للمَقْطوعِ قيمَةٌ ، إذ لو لم يكنْ له قيمَةٌ وطَلَبوا الإبقاءَ أُجيبوا وإنْ لم يُوافِقْهم المفلِسُ كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ ، فالنَّصُّ إنْ لم يكنْ ظاهِرًا في هذِه الحالَةِ حُمِلَ عليها فلا يحتاجُ إلى التأويلِ المذكُورِ .

(فصلٌ : يُشترَطُ قبضُ عِوضِ إجارَةِ الذِّمَّةِ في المجلِسِ) ، لأنَّها سَلَمٌ في المنافعِ **(وبعدَ قبضِه لا أثَرَ للفلَسِ)** لِقبضِ المؤَجِّرِ حَقَّه **(فلو فُرِضَ الفلَسُ في المجلِسِ)** وتفرَّقا وقَبَضَ المؤَجِّرُ قبلَ التفرُّقِ بعضَ العِوضِ **(صَحَّ)** العقدُ **(فيما قُبِضَ بقِسطِه)** وبَطَلَ في الباقي تفريقًا لِلصَّفقَةِ ، وإنْ لم يقبضْ منه شيئًا بَطَلَ في الجميعِ وهذا من زيادَتِه وليس مِمَّا نحن فيه [٢] ، وعِبارَةُ الأصلِ فلو فُرِضَ الفلَسُ في المجلِسِ

---

(١) (قوله : وقولي بإذنِ الحاكِمِ قُلْته تفقُّهًا إلخ) هذا التفقُّه مَردودٌ بما مَرَّ في كلامِ المُصَنِّفِ من أنَّ المُعتبَرَ إمَّا إذنُ الحاكِمِ ، أو اتِّفاقُ الغُرَماءِ والمُفلِسِ ، وهو الوجه صيانَةً لِمالِ المُفلِسِ .

(٢) (قولُه : وهذا من زيادَته وليس مِمَّا نحنُ فيه) لِما ذُكِرَ أنَّ شرطَ إجارَةِ الذِّمَّةِ قبضُ عِوضِها في المجلِسِ رُبَّما تُوُهِّمَ منه أنَّها تبطُلُ عندَ انتفاءِ قبضِ بعضِه فيه فدَفعَ هذا الوهْمَ بما ذكرَه .

فإنْ أثبَتْنا خيارَ المجلِسِ فيها استغنَى عن هذا الخيارِ وإلا فهي كإجارَةِ العينِ [١] أي فللمُؤَجِّرِ الفسخُ .

(فصلٌ : وإذا أفلَسَ مُؤَجِّرُ العينِ فلا فسخَ) لِمُستأجَرِها (ويُقَدَّمُ المستأجِرُ بمَنفعَتِها) كما يُقَدَّمُ المرتهنُ بحَقِّه (وتُباعُ) العينُ (للغُرَماءِ مُؤَجَّرَةً) بطَلَبِهم أو طَلَبِ المفلِسِ بناءً على جَوَازِ بيعِ المؤَجِّرِ ولا يُبالي بما ينقُصُ من ثَمَنِها بسَبَبِ الإجارَةِ ، إذ ليس عليهم الصَّبْرُ لِتنميةِ المالِ (فإن التزَمَ في ذِمَّتِه عمَلا) كنَقْلِ مَتاعٍ إلى بَلَدٍ (ثم أفلَسَ ، والأُجرَةُ في يدِه فللمُستأجِرِ الرُّجوعُ فيها) بفسخِ الإجارَةِ (فإنْ تلِفتْ لم يُفسَخ وضارَبَ بأُجرَةِ المِثلِ) كنَظيرِه في السَّلمِ ، ولا تُسلَّمُ إليه حِصَّته منها بالمضارَبَةِ لامتِناعِ الاعتياضِ عن المسلمِ فيه بناءً على أنَّ إجارَةَ الذِّمَّةِ سَلمٌ كما عُلِمَ ذلك من قولِه (وحَصَلَ له بعضُ المنفعَةِ الملْتزَمَةِ إنْ كانتْ تتبعَّضُ بلا ضَرَرٍ) كحَملِ مِائَةِ رِطْلٍ (وإلا) بأَنْ كانتْ لا تتبعَّضُ أو تتبعَّضُ بضَرَرٍ كقِصارَةِ ثَوبٍ ورِياضَةِ دابَّةٍ ورُكُوبٍ إلى بَلَدٍ ، ولو نُقِلَ إلى نِصفِ الطَّريقِ لَبَقِي ضائِعًا (فسَخَ وضارَبَ بالأُجرَةِ المبذولَةِ) والتصريحُ بقولِه بلا ضَرَرٍ / من زيادَتِه (فلو سَلَّمَ) له المُلتزِمُ (عَينًا ٢/١٩٨
ليستوفي منها) المنفعَةَ المُلتَزَمَةَ (فله) فيها (حُكمُ المعَيَّنَةِ) في العقدِ فلا فسخَ له ويُقَدَّمُ بمَنفعَتِها ، قال السُّبكيُّ : ونَصَّ الشافعيُّ في الأُمِّ يُخالِفُه حَيثُ قال : لو تكاروا منه حُمُولَةً مَضمُونَةً يعني في الذِّمَّةِ ودَفعَ إبلا بأعيانِها كان له نَزعُها وإبدالُها ، وإن أفْلَسَ، وثَمَّ غُرَماءُ غيرُهم ضَرَبوا معهم وحاصُّوهم ، والذي صحَّحه الرَّافعيُّ له وجهٌ ، لكن الذي نَصَّ عليه الشافعيُّ أدَقُّ [٢] وأقرَبُ إلى قَواعِدِ الشريعَةِ .

(فصلٌ : شرطُ الرُّجوعِ في العِوضِ [٣] بَقاؤُه في مِلْكِ المفلِسِ) خاليًا عن

---

(١) (قوله : وإلا فهي كإجارَةِ العينِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : لكنَّ الذي نَصَّ عليه الشافِعيُّ أدَقُّ إلخ) النصُّ قولٌ مَرجوحٌ ، إذ الدَّابَّةُ المُلتزَمَةُ في الذِّمَّةِ لا يُبَدِّلُها المؤَجِّرُ إلا لِتلَفِها أو تعَيُّبِها قولُه : أصحُّهما كما قال الإسنوِيُّ وغيرُه لا إلخ قال البُلقِينِيُّ : بل الأصحُّ ثُبوتُ الفسخِ وما صحَّحَه الرَّافِعيُّ والنوويُّ في نَظِيرِ المسألَةِ ليس نَظِيرَ صورَةِ المبيعِ ، لأنَّ الثمَنَ هناكَ في ذمَّةِ المُشتري ، ولَم يوجَد عَيْبُ الإفلاسِ ، وها هنا المبيعُ عَيْنٌ تَعَذَّرَ وُصولُ المُشتري إليها فثبَت أنَّ له الفسخَ كما لو غُصِبَتْ .

(٣) (قوله : شرطُ الرُّجوعِ في العِوضِ) قال الفتى : تعبيرُه بالعِوضِ ليس بالجيِّدِ فإنَّ عِبارَةَ الرَّوضَةِ المُعَوَّضُ ، وهي الصَّوابُ ، لأنَّ العِوضَ هو الثمَنُ وقد عَبَّرَ عنه في الرَّوضَةِ بالعِوضِ ، وقد أنكَرَ المُصَنِّفُ على الحاوِي تعبيرَه في حَبسِ البيعِ بقولِه : له حَبسُ عِوضِه ، ....=

تعلُّقِ حَقٍّ لازِمٍ وقت الرُّجوعِ للخَبَرِ السَّابقِ مع ما هو مَعلُومٌ من تقديمِ الحقِّ المتعَلِّقِ بالعينِ (فلو تلِفَ أو أتلَف أو بيعَ أو أُعتِقَ أو رُهِنَ) أو وُهِبَ وقُبِضَ فيهما أو وُقِفَ أو جُنَّ أو كُوتِبَ أو أُولِدَ (١) (فلا رُجوعَ) فليس له فسخُ هذِه التصرُّفاتِ بخِلافِ الشفيعِ لِسَبْقِ حَقِّه عليها ، نعَم لو أقْرَضَه المشتري لِغيرِه وأقبَضَه إيَّاه ثُم حُجِرَ عليه ، أو باعَه وحُجِرَ عليه في زَمَنِ الخيارِ فللبائِعِ الرُّجوعُ فيه كالمشتري (٢) ، ذكَرَه الماورديُّ قال البُلْقينيُّ : ويتخرَّجُ عليه ما لو وهبَ المشتري المتاعَ (٣) لِولَدِه وأقبَضَه له ثُم أفلَسَ فللبائِعِ الرُّجوعُ فيه كالواهب له ، قال : ويلزَمُ على ما قاله الماورديُّ أنَّه لو باعَه المشتري لآخَرَ ثُم أفلَسا وحُجِرَ عليهما كان للبائِعِ الأولِ الرُّجوعُ ولا بُعدَ في التزامِه انتهى (وكذا) لا رُجوعَ (لو كان) العِوضُ (صَيدًا فأحرَمَ البائِعُ) ؛ لأنَّه ليس أهلًا لِتمَلُّكِه حينَئِذٍ (٤) ، قال الأذرَعيُّ : ولو كان كافِرًا فأسلمَ بيدِ المشتري ، والبائِعُ كافِرٌ رجع على الأصَحِّ (٥) ، وبه جَزَمَ المحامِليُّ (٦) وغيرُه كما في الرَّدِّ بالعيب لِما في المنعِ منه

= وعَبَّرَ في الإرشادِ بمُعَوَّضِه فزِدت في عِبارَةِ الكِتاب مبِيًا فقُلت : المُعَوَّض ، وقال شيخُنا : يصِحُّ إطْلاقُ العِوضِ عليه باعتبارِ الثمَنِ كَ .

(١) (قوله : أو أولَدَ) وقَعَ في فتاوى النوويِّ أنَّه لا يمنَعُ وهو سَهْوٌ فإنَّه قال في التصحيحِ : إنَّه لا خلاف في عَدَمِ الرُّجوعِ في الاستيلادِ منه ح ، وقد يُحمَلُ كلامُه على ما إذا استولَدَها بعدَ الحجْرِ والفلَسِ ، وقد قال في الكِفايةِ : قَضِيَّةُ كلامِهِم أنَّ في نُفوذه حينَئِذٍ قولي : عِتقُه إذا قُلنا استيلادُ الرَّاهِنِ كعِتقِه ع ، وقولُه : قد يُحمَلُ كلامُه إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فلِلبائِعِ الرُّجوعُ فيه كالمُشتري) يُؤخَذُ منه أنَّ صورَتَها أن يكونَ الخيارُ لِبائِعِه ، أو لهما وهو كذلك .

(٣) (قوله : ويتخَرَّجُ عليه ما لو وهَبَ المُشتري المتاعَ إلخ) ويدُلُّ على صِحَّةِ هذا أنَّه لو وهَبَ لأجنبِيٍّ ، ولَم يقبضه كان لِلبائِعِ الرُّجوعُ صَرَّحَ به الماورديُّ قُلت في هذه الصُّورَةِ لَم يملِكْ الموهوبُ له تلك العينَ ولَم تخرُجْ عن مِلكِ المُشتري بحالٍ ع قال الأذرَعيُّ : الرُّجوعُ فيما وهَبَه لِولَدِه وأقبَضَه بَعيدٌ ، ولعَلَّ مَن اختارَه في القرضِ بَناه على أنَّه لا يملِكُ إلا بالتصَرُّفِ ا هـ الرَّاجِحُ عَدَمُ الرُّجوعِ في المسائِلِ الثلاثةِ إذا كان الخيارُ لِلمُشتري ، وقد ذكرَ الرَّافِعِيُّ في نَظِيرِ المسألَةِ من الصَّداقِ أنَّ لِلزَّوجِ الرُّجوعَ إنْ قُلنا : المِلكُ في زَمَنِ الخيارِ لِلبائِعِ ، وإنْ قُلنا لِلمُشتري فلا ا هـ ، وتبِعَه الزَّركَشيُّ في الثالِثةِ والثانيةِ .

(٤) (قوله : لأنَّه ليس أهلًا لِتمَلُّكِه حينَئِذٍ) فلو حَلَّ رَجَعَ .

(٥) (قوله : رَجَعَ به على الأصَحِّ) جَزَمَ به المُصَنِّفُ في أوائِلِ البيعِ .

(٦) (قوله : وبه جَزَمَ المحامِليُّ وغيرُه إلخ) الفرقُ بينه وبين الصَّيْدِ أنَّ العبدَ المُسلِمَ يدخُلُ في مِلكِ الكافِرِ ولا يزولُ بنفسِه قَطعًا بخِلافِ الصَّيْدِ مع المُحرِمِ ع .

من الضَّرَرِ بخِلافِ الشِّراءِ (وإنْ دَبَّرَه أو زَوَّجَ) هـ المشتري أو عَلَّقَ عِتقَه بصِفةٍ (رجع) فيه البائعُ ، لأنَّ ذلك لا يمنَعُ البيعَ (وكذا) يرجعُ فيه (لو أجَّرَ) هـ المشتري (إنْ رَضِي به) البائعُ (بلا مَنفعَةٍ) بناءً على جوازِ بيعِ المؤجَّرِ ولا يرجِعُ على المشتري بأُجرَةِ المِثلِ لِما بَقِي من المدَّةِ كما يُفهِمُه كلامُ ابنِ الرِّفعَةِ بخِلافِه في التحالُفِ بعدَ الإيجارِ يرجِعُ عليه بها لِما قَدَّمته مع نَظائِرِ المسألَةِ في باب خيارِ النَّقصِ فراجِعه .

(فصلٌ : لو زالَ المِلْكُ) أي مِلْكُ المشتري عن المبيعِ (ثُم عادَ) إليه ، ولو بعِوضٍ ، وحَجرُه باقٍ أو حُجِرَ عليه (لم يرجِع فيه) البائعُ لِتلَقِّي المِلْكِ من غيرِه ولأنَّه قد تخَلَّلَت حالَةٌ تمنَعُ الرُّجوعَ فيُستصحَبُ حُكمُها كما في نَظيرِه من الهبَةِ وهذا ما صحَّحه في الروضَةِ والذي صحَّحه الرَّافعيُّ في الشرحِ الصَّغيرِ الرُّجوعُ [1] لِظاهِرِ الخبَرِ السَّابقِ وكلامُه في الكبيرِ يقتضيه لأنَّه شَبَّهَه بنَظيرِه من الرَّدِّ بالعيب المصَحَّحِ فيه الرُّجوعُ ويُوافِقُه جوازُ الرُّجوعِ في الصَّداقِ بالطَّلاقِ ، وما فرَّقوا به بين الرُّجوعِ ثَمَّ وعَدَمِه في الهبَةِ من أنَّه لا بُدَّ في الصَّداقِ من الرُّجوعِ إلى شيءٍ ، / فالرُّجوعُ إلى ١٩٩/٢
عَينِ مالِه أولى بخِلافِ الهبَةِ ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ المِلْك في الصَّداقِ يحصُلُ في الأصلِ بغيرِ رُجوعٍ ، وبأنَّ الرُّجوعَ ثَمَّ لا يحصُلُ به ضَرَرٌ بخِلافِه هنا فإنَّ فيه ضَرَرًا على بَقيَّةِ الغُرَماءِ ، وعلى القولِ بالرُّجوعِ لو عادَ المِلْكُ بعِوضٍ ولم يُوفوا الثَّمَنَ إلى بائِعِه الثَّاني ، فهل الأولُ أولى لِسَبْقِ حَقِّه أو الثَّاني لِقُربِ حَقِّه أو يشترِكانِ ويُضارِبُ كُلٌّ بِنِصفِ الثَّمَنِ أي إن تساوى الثَّمَنانِ ؟ فيه أوجُهٌ في الأصلِ بلا ترجيحٍ رَجَّحَ منها ابنُ الرِّفعَةِ [2] الثَّاني وبه قَطَعَ الماورديُّ وابنُ كجٍّ وغيرُهما .

(وإن انفكَّ المرهونُ أو الجاني أو عَجَزَ المكاتَبُ رجع) البائعُ فيه كما لو اطَّلَعَ المشتري على عَيبٍ بالمبيعِ بعدَ رَهنِه ثُم انفكَّ الرَّهنُ له الرَّدُّ بخِلافِ ما قبلَ الانفِكاكِ فلو قال البائعُ للمُرتهِنِ : أنا أدفعُ إليك حَقَّك وآخُذُ عينَ مالي فهل يُجبَرُ المرتهنُ أو لا ؟ وجهانِ [3] . قال الأذرَعيُّ : ويجِبُ طَرْدُهما في المجنيِّ عليه وقياسُ

---

(١) (قوله : والذي صحَّحه الرَّافِعيُّ في الشرحِ الكَبيرِ - كذا بالأصل - الرُّجوعُ) وقال الأذرَعيُّ : إنَّه الأصحُّ المختارُ .

(٢) (قوله رَجَّحَ منهما ابنُ الرِّفعَة) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه شيخُنا هو كما قال وهو تفريعٌ على مُقابلِ الأصحِّ .

(٣) (قوله : فهل يُجبَرُ المُرتهنُ أو لا وجهانِ) أشارَ إلى تصحيحِ الثاني .

المذهَب ترجيحُ المنعِ (ولو) كان المبيعُ شِقصًا مَشفوعًا ولم يعلم الشفيعُ بالبيعِ حتّى (أفلَسَ مُشتري الشِّقصِ) وحُجِرَ عليه (أخَذَه الشفيعُ لا البائعُ) (١) لِسَبْقِ حَقِّه (وثمَنُه للغُرَماءِ كُلِّهم) يُقَسَّمُ بينهم بنِسبَةِ دُيُونِهم (وإنْ حَصَلَ) في المبيعِ (نَقْصٌ) بتلَفِ ما (لا يُفْرَدُ بعَقدٍ ولا يتقَسَّطُ عليه الثّمَنُ) وكان حُصولُه (بآفةٍ سَماويَّةٍ، وكذا بجِنايةِ المشتري) أو غيرِه ممَّن لا يضمَنُها كحَربيٍّ (أخَذَه البائعُ مَعيبًا أو ضارَبَ) الغُرَماءَ بالثّمَنِ، كما لو تعَيَّبَ المبيعُ قبل قَبْضِهِ يأخُذُه المشتري مَعيبًا بكُلِّ الثّمَنِ أو بفسخٍ ويرجِعُ بالثّمَنِ وسواءٌ أكان النَّقْصُ حِسِّيًّا كسُقوطِ بعضِ الأعضاءِ والعمَى أو غيرِه كنِسيانِ حِرفةٍ وتزويجٍ وإباقٍ وزِنًا ولا حاجَةَ لِقولِه كأصلِه ولا يتقَسَّطُ عليه الثّمَنُ، (أو) حَصَلَ النَّقْصُ (بجِنايةِ البائعِ أو الأجنَبيِّ) الذي يضمَنُ جِنايته (فللمُفلِسِ الأرشُ وللبائعِ أخذُه مَعيبًا ويُضارِبُ بمِثلِ نِسبَةِ ما نَقَصَ من القيمَةِ من الثّمَنِ) (٢) إليها وإنْ كان للجِنايةِ أرشٌ مُقدَّرٌ، لأنَّ المفلِسَ استحَقَّ بَدَلا لِما فات (٣) وكان مُستحِقًّا للبائعِ لو بَقِي فلا يحسُنُ تضييعُه عليه ولأنَّ كُلَّ مَضمُونٍ على المشتري بالثّمَنِ فجَزاؤُه مَضمُونٌ ببعضِه. ومَحَلُّه في جِنايةِ البائعِ إذا جَنَى بعدَ القبضِ فإنْ جَنَى قبله فهو من ضَمانِه فلا أرشَ له، فلو اشترَى عبدًا قيمَتُه مِائتانِ أو خَمسونَ بمِائَةٍ فقَطَعَ البائعُ أو أجنَبيٌّ إحدَى يدَيه فنَقَصَ عن قيمَتِه ثُلُثُها

---

(١) (قوله: أخَذَه الشفيعُ لا البائعُ) قال البُلقِينيُّ: لو عَفا الشفيعُ عن الأخذ فالقِياسُ أنَّه لا يبطُلُ حَقُّ البائعِ ويرجِعُ حينَئِذٍ كما في الرَّهنِ والجِنايةِ اهـ وقولُه: فالقِياسُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه.

(٢) (قوله: ويُضارِبُ بمِثلِ نِسبةِ ما نَقَصَ من القِيمَةِ من الثمَنِ إليها) أي وإن لَم يأخُذ المفلِسُ الأرشَ من الجاني.

(٣) (قوله: لأنَّ المُفلِسَ استحَقَّ بَدَلا لِما فات إلخ) هذا التعليلُ يوهِمُ أنَّ الكلامَ فيما إذا أخَذَ البدَلَ وليس بمُرادٍ بل الغرَضُ أنَّه توجَّهَ له البدَلُ على الجاني المُلتزِمِ سَواءٌ أخَذَه أم تعَذَّرَ أخذُه بالكُلِّيَّةِ، نَعَم لو كان الجاني غيرَ مُلتزِمٍ كالحربيِّ أو الدَّافعِ لِلصَّائلِ فكالآفةِ السَّماويَّةِ، وقد سَبَقَ مِثلُه في البيعِ قبلَ القبضِ، وقد أُورِدَ على التعليلِ أنَّ قَضيَّته أنَّ البائعَ يأخُذُ ذلك الأرشَ، وأجابَ صاحِبُ البيانِ بأنَّ البائعَ لا يستحِقُّ الأرشَ، وإنَّما يستحِقُّ ما قابَلَ ذلك الجُزءَ من الثمَنِ كما أنَّ الأجنَبيَّ إذا أتلَفَ جَميعَ المبيعِ لَم يرجِع البائعُ بما وجَبَ على الجاني من القِيمَةِ، وإنَّما يرجِعُ بالثمَنِ، وقال الماورديُّ: إن كان الأرشُ باقِيًا على الجاني لَم يأخُذه المُشتري بعدَ أنْ كان لِلبائعِ أنْ يختصَّ بأخذه، ولا تُشارِكُه فيه الغُرَماءُ، وإن كان المُشتري أخَذَه، واستهلَكَه ضَرَبَ البائعُ بقدرِ الأرشِ، وإن لَم يستهلِكه تقَدَّمَ به على الغُرَماءِ.

فعلى القاطِعِ نِصفُ القيمَةِ للمُفلِسِ وللبائِعِ ثُلُثُ الثَّمَنِ يُضارِبُ به ، وإنَّما ضارَبَ بِنسبَةِ نَقْصِ القيمَةِ دون التقديرِ الشرعيِّ ؛ لأنَّ التقديرَ مُختصٌّ بالجِناياتِ ، والأعواضُ يتقَسَّطُ بعضُها على بعضٍ باعتِبارِ القيمَةِ ، ولو ضارَبَ بالمقَدَّرِ لَزِمَ رُجوعُه إلى العبدِ مع قيمَتِه أو ثَمَنِه فيما إذا قَطَعَ يدَيه وهو مُحالٌ ، وقولُه : من القيمَةِ مُتعَلِّقٌ بنَقْصٍ وقولُه من الثَّمَنِ مُتعَلِّقٌ بمِثلِ (وإنْ تلِف ما يُفرَدُ بعَقْدٍ ويتقَسَّطُ عليه الثَّمَنُ كعَينَينِ) اشتراهما فتلِفتْ إحداهما في يدِ المشتري وأفلَسَ (فله) أي للبائِعِ (الرُّجوعُ في) العينِ (الباقيةِ بحِصَّتِها من الثَّمَنِ والمضارَبَةِ) مع الغُرَماءِ (بالأُخرَى) أي بحِصَّتِها من الثَّمَنِ ؛ لأنَّه ثَبَت له الرُّجوعُ في الباقيةِ مع الأُخرَى فلم يسقُطْ بتلَفِها بل لو بَقِي جَميعُ المبيعِ وأرادَ البائِعُ الفسخَ في بعضِه مُكِّنَ منه ؛ لأنَّه أنفعُ للغُرَماءِ من الفسخِ في كُلِّه فكان كما لو رجع الأبُ في بعضِ ما وهبَ ذَكرَه الأصلُ قال السُّبكيُّ تبعًا لابنِ الرِّفعَةِ : ولا يُلتفتُ هنا إلى تفريقِ الصَّفقَةِ ؛ لأنَّ مالَ المفلِسِ لا يبقَى بل يُباعُ كُلُّه فلا أثَرَ لِتفريقِها فيه ، ولأنَّ الضَّرَرَ على الرَّاجِعِ فقط ولا حاجَةَ لِقولِه كأصلِه ويتقَسَّطُ عليه الثَّمَنُ نَظيرَ ما مَرَّ .

(وإذا كان قد قَبَضَ نِصفَ ثَمَنِهما وقيمَتِهما سواءٌ رجع في نِصفِهما إنْ بَقِيا مَعًا، وإلا) بأن بَقِيتْ إحداهما فقط (ففي) العينِ (الباقيةِ كُلِّها) يرجِعُ (بالباقي) من الثَّمَنِ لانحِصارِه فيها ، ويكونُ ما قَبَضَه في مُقابَلَةِ التالِفةِ ، كما لو ارتهَنَ عبدَينِ بمِائَةٍ وأخَذَ خَمسينَ وتلِف أحدُهما فالباقي منهما مَرهونٌ بالباقي من المِائَةِ بجامِعِ أنَّ له التعلُّقَ بكُلِّ العينِ إنْ بَقِي كُلُّ الحقِّ فكذا بالباقي إنْ بَقِي بعضُه ، وأمَّا خَبَرُ الدّارقطنيِّ «أيُّما رَجُلٍ باعَ مَتاعًا فأفلَسَ ولم يقبضِ البائِعُ من ثَمَنِه شَيئًا فوجَدَه بعَينِه فهو أحَقُّ به فإنْ كان قد قَبَضَ من ثَمَنِه شَيئًا فهو أُسوةُ الغُرَماءِ» (١) فأُجيبَ عنه بأنَّه مُرسَلٌ .

(فرعٌ : وإنْ أغلى زَيتًا أو عَصيرًا فنَقَصَه) بالإغلاءِ وأفلَسَ (فكتلَفِ بعضِه) بغيرِ الإغلاءِ كما لو انصَبَّ لا كتعَيُّبِه فلو ذَهَبَ نِصفُه أخَذَ الباقي بنِصفِ الثَّمَنِ وضارَبَ بنِصفِه ، أو ذَهَبَ ثُلُثُه أخَذَه بثُلُثَي الثَّمَنِ وضارَبَ بثُلُثِه ووقَعَ في الغصبِ ما يُخالِفُ ما ذُكِرَ هنا في العصيرِ وسَيأتي بَيانُه ثَمَّ (فإنْ أغلى أربعَةَ أرطالٍ) من ذلك (قيمَتُها ثَلاثَةُ دراهِمَ / فرجعتْ ثَلاثَةَ أرطالٍ ضارَبَ) مع رُجوعِه فيها (برُبُعِ ٢٠٠/٢

(١) رواه الدارقطني في سننه (٢٩/٣) .

الثَّمَنِ مُطْلَقًا) عن تقييدِه بحالٍ من الأحوالِ التي ذَكَرَها بقولِه (ثُمَّ لو ساوتْ) أي الأرطالُ الثَّلاثَةُ (أربعَةَ دراهمَ وقُلْنا الصَّنْعَةُ عَينٌ) وهو الأَصَحُّ (فالمفلِسُ شريكٌ بدِرهَمٍ) وهو الزَّائِدُ على قيمَةِ الأرطالِ الأربعَةِ قبلَ الإغلاءِ كذا حَكاه الأصلُ قال البارِزِيُّ : والصَّوابُ أنَّه شريكٌ بالزَّائِدِ (١) على ما يَخُصُّ ثلاثَةَ أرطالٍ من القيمَةِ قبلَ الإغلاءِ ، وهو دِرهَمانِ ورُبُعٌ ، وهو مُقتضَى ما أورَدَه في النِّهايَةِ (أو ساوتْ ثلاثَةً) من الدَّراهمِ وقُلْنا الصَّنْعَةُ عَينٌ (فبثَلاثَةِ أرباعِ دِرهَمٍ) هو شريكٌ ، لأنَّها قِسطُ الرِّطْلِ الذَّاهب ، وهو ما زادَ بالطَّبْخِ في الباقي وإنْ قُلْنا : الصَّنْعَةُ أثَرٌ فازَ البائِعُ بما زادَ بها (أو) ساوتْ (دِرهَمَينِ فلا أثَرَ لـه) يعني لِلنَّقصِ بل يكفي ما ذُكِرَ من الرُّجوعِ فيها ، والمضارَبَةُ برُبُعِ الثَّمَنِ ، ووقَعَ في نُسَخٍ سوِّيتْ بَدَلَ ساوتْ والصَّوابُ الأولُ ، وما قيلَ : إنَّ سوِّيتْ لُغَةٌ قليلَةٌ رَدَّه الأزهَرِيُّ بأنَّ اللُّغَةَ لم ترِدْ به . (وانهدامُ الدّارِ) المبيعَةِ (عَيبٌ) إنْ لم يتلف بعضُ الآلَةِ فيأخُذُها البائِعُ مَعيبَةً أو يُضارِبُ بثَمَنِها (فإنْ تلِفَ بعضُ الآلَةِ) أو كُلُّها باحتِراقٍ أو غيرِه (فكتلَفِ أحدِ العينَينِ) فله الرُّجوعُ في الباقي بحِصَّتِه من الثَّمَنِ ، والمضارَبَةُ بحِصَّةِ الآخَرِ منه .

(فصلٌ : ويرجِعُ) جوازًا (في العينِ بالزِّيادَةِ المتَّصِلَةِ) بها (كالسِّمَنِ) وتعَلُّمِ الصَّنْعَةِ (٢) وكِبَرِ الشجَرِ والحملِ من غيرِ شيءٍ يلزَمُه لها ، وكذا حُكمُ الزِّيادَةِ في جَميعِ الأبوابِ إلا الصَّداقَ (٣) ، فإنَّ الزَّوجَ إذا فارَقَ قبلَ الدُّخولِ لا يرجِعُ في النِّصفِ الزَّائِدِ إلا برِضا الزَّوجَةِ كما سَيأتي (لا الزِّيادَةُ المنفصِلَةُ الحادِثَةُ كاللبَنِ والولَدِ) الحادِثَينِ المنفصِلَينِ (والثَّمَرَةِ) الحادِثَةِ المؤبَّرَةِ فلا يرجِعُ فيها مع الأصلِ (فلو كان ولَدُ

---

(١) (قولُه : قال البارِزِيُّ : والصَّوابُ أنَّه شَريكٌ إلخ) الصَّوابُ الأوَّلُ ، لأنَّه كما يُعتبَرُ في المغلِيِّ قدرُ عَينِه قبلَ الإغلاءِ تُعتبَرُ قِيمَتُه حينَئِذٍ عندَ الإمكانِ أنْ يُحبَطَ عملُ المفلِسِ ، وفارَقَتْ هذه ما بعدَها بأنَّ اعتبارَها فيها يُؤدِّي إلى إحباطِ عملِ المفلِسِ .

(٢) (قوله : وتعَلُّمُ الصَّنْعَةِ) جَزْمُ الشيخَينِ هنا بأنَّ الصَّنْعَةَ يفوزُ البائِعُ بها يُخالِفُه تصحيحُهما من بعدِ أنَّها كالقِصارَةِ ، واعتمَدَ الأذرَعِيُّ الأوَّلَ ، وفي المهِمّاتِ الثاني ، وجَمعَ الزَّركَشِيُّ وغيرُه بحَملِ ما هنا على التعَلُّمِ بنفسِه كما تُفهِمُه عِبارَةُ الرَّافِعِيِّ حيثُ عَبَّرَ بتعَلُّمِ الحِرفَةِ بضَمِّ اللامِ مَصْدَرُ تعَلَّمَ العبدُ بنفسِه تعَلُّمًا وهذه كالسِّمنِ ، لأنَّ المفُلِسَ لَم يصدُر منه فِعلٌ بالكُلِّيَّةِ ، وعَبَّرَ هناكَ بالتعليمِ ، مَصدرُ عَلَّمَه تعليمًا ثم ذكرَ ضابطَ القولَينِ فقال : وضَبطَ صورَةَ ، القولَينِ أنْ يصْنَعَ بالمبيعِ ما يجوزُ الاستئجارُ عليه وظَهَرَ به أثَرٌ فيه .

(٣) (قوله : وكذا حُكمُ الزِّيادَةِ في جَميعِ الأبوابِ إلا في الصَّداقِ إلخ) والفرقُ أنَّ البائِعَ يرجِعُ بطَريقِ فسخِ العقدِ فكأنَّه لَم يوجَد .

الجاريةِ) المبيعَةِ (صَغيرًا) غيرَ مُمَيِّزٍ (بيعا مَعًا) حَذَرًا من التفريقِ الممنوعِ منه هذا (إنْ لم يبذُل البائعُ قيمَته) وإلا أَخَذَه مع أُمِّه (١) لانتِفاءِ مَحذورِ التفريقِ (و) إذا بيعا مَعًا (أَخَذَ) البائعُ (حِصَّةَ الأُمِّ) والمفلِسُ حِصَّةَ الولَدِ ، فلو ساوتْ مِائَةً ومع الولَدِ مِائَةً وعِشرينَ فقيمَةُ الولَدِ السُّدُسُ فإذا بيعا كان سُدُسُ الثَّمَنِ للمُفْلِسِ والباقي للبائعِ (والعِبْرَةُ) في انفِصالِ الزِّيادَةِ (بالانفِصالِ) لها (وقتَ الرُّجوعِ) عِبارَةُ الأصلِ : والاعتِبارُ في الانفِصالِ بحالِ الرُّجوعِ دون الحجرِ ، لأنَّ مِلْكَ المفلِسِ باقٍ إلى أن يرجِعَ البائعُ .

(ولو باعَه بَذرًا أو بيضًا أو عَصيرًا أو زَرعًا أخضَرَ) فزُرِعَ البَذرُ ونَبَت وتفرَّخَ البيضُ وتخَلَّلَ العصيرُ ، ولو بعدَ تخَمُّرِه واشتدَّ الحبُّ وأفلَسَ (رجع فيه) البائعُ (نَباتًا) في الأُولى (وفِراخًا) في الثانيةِ (وخَلاًّ) في الثالِثةِ (ومُشتدَّ الحبِّ) في الرَّابعَةِ ، لأنَّها حدَثَتْ من عَينِ مالِه أو هي عَينُ مالِه اكتسَبَتْ صِفةً أُخرَى فأشبَهَتِ الوديَّ (٢) إذا صارَ نَخلاً (وإذا اشتراها) أي العينَ (حامِلا فولَدَتْ أو حائِلا فحَمَلَتْ) عِندَه (رجع فيها) البائعُ (مع الولَدِ) في الأُولى كما لو اشترَى شَيئَينِ بناءً على أنَّ الحملَ يُعرَفُ وهو الأظهَرُ (و) مع (الحملِ) في الثانيةِ ، لأنَّه يتْبَعُ في البيعِ فكذا في الرُّجوعِ وتقَدَّمَ الفرقُ بينه وبين عَدَمِ الرُّجوعِ في الرَّدِّ بالعيب ، قال الأذرَعيُّ : ولو وضَعَتْ أحدَ توأمَينِ عِندَ المشتري ثُم رجع البائعُ قبلَ وضعِ الآخَرِ هل يكونُ الحُكمُ كما لو لم تضَع شَيئًا أو يُعطَى كُلٌّ منهما حُكمَه (٣) أو كيف الحالُ ؟ وهل يفترِقُ الحالُ بين أنْ يمُوت المولُودُ أو لا مع بَقاءِ حَملِ المجتنِّ ، أو لا فرقَ انتهى وقياسُ الباب مع ما هو مَعلُومٌ (٤) من توقُّفِ الأحكامِ على تمامِ انفِصالِ التوأمَينِ

---

(١) (قوله : وإلا أخَذَه مع أُمِّه إلخ) قال الإسنَويُّ : وهل المُرادُ بكونِه يأخُذُ الولَدَ أنَّه يأخُذه بالبيع ، أو يستقِلُّ بأخذه ، وهو الظَّاهرُ من إطلاقِ عِبارَتِهم ، فيه نظَرٌ ، وهو نَظِيرُ ما إذا أرادَ المُعيرُ التمَلُّكَ ويأتي هناكَ ذكْرُ ما قِيلَ فيه ، وعلى هذا التقديرِ فهل يُشترَطُ في صِحَّةِ الرُّجوعِ في الأُمِّ رُجوعُه في الولَدِ أيضًا حَذَرًا من التفريقِ أم يكفِي اشتراطُه ، والاتِّفاقُ عليه قبلَ ذلك ، وإذا لَم يفعَل بعدَ الشرطِ والاتِّفاقِ فهل يُجبَرُ عليه أو يُنقَضُ الرُّجوعُ أو يتبَيَّنُ بُطْلانُه ، فيه نظَرٌ ، وقولُه : يأتي هناكَ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فأشبَهَت الوديَّ) أي أو النويَّ .

(٣) (قوله : أو يُعطي كُلٌّ منهما حُكمَه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وقِياسُ الباب مع ما هو مَعلومٌ إلخ) قِياسُ المُعتَمَدِ عندَ الشيخَيْنِ في نَظِيرِها إعطاءُ كُلٍّ منهما حُكمَه ، قال الماورديُّ : حيثُ قُلنا : يرجِعُ في الولَدِ فذاكَ إذا كان موجودًا ،......=

ترجيحُ الأولِ من غيرِ فرقٍ بين الحالَينِ .

(فرعٌ : التأبيرُ) وعَدَمُه (في الثَمَرَةِ كالوضعِ) وعَدَمِه (في الحملِ) (١) فإذا
٢٠١/٢ كانتْ على النَّخلِ المبيعِ / عِندَ البيعِ غيرَ مُؤَبَّرَةٍ ، وعِندَ الرُّجوعِ كذلك أو مُؤَبَّرَةً أو حدَثَتْ بعدَ البيعِ ، ولم تكنْ مُؤَبَّرَةً عِندَ الرُّجوعِ رجع فيها مع النَّخلِ ، بخِلافِ ما إذا أُبِّرَتْ في الأخيرَةِ (وإن اختلفا هل رجع) البائعُ (قبلَ التأبيرِ) فتكونُ الثَمَرَةُ له (أو بعدَه) فتكونُ للمُفلِسِ (فالقولُ قولُ المفلِسِ) بيمينِه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الرُّجوعِ حينَئِذٍ ، وبَقاءُ الثَمَرَةِ له (ويحلِفُ على نفيِ العِلمِ) بسَبْقِ الرُّجوعِ على التأبيرِ لا على نفيِ السَّبَقِ ، فإنْ حَلَف عليه فقد زادَ خيرًا قاله القاضي فالمرادُ أنَّه لا يُكلَّفُ ذلك كما سَيأتي نَظيرُه في مَحَلِّه .

(فإنْ أقرَّ البائعُ أنَّ المفلِسَ لم يعلم) تاريخَ الرُّجوعِ (لم يحلِفْ) ؛ لأنَّه مُوافِقُه على نفيِ عِلمِه فتبقَى الثَمَرَةُ له (ومَتى نَكلَ) عن اليمينِ (حَلَف البائعُ لا الغُرَماءُ) وإنْ نَكلَ عن اليمينِ المردودَةِ كما لو ادَّعَى المفلِسُ دَينًا على غيرِه ، وأقامَ شاهدًا ولم يحلِفْ معه لا يحلِفُ الغُرَماءُ (وأخَذَها) أيِ البائعُ الثَمَرَةَ سواءٌ أجعلْنا اليمينَ المردودَةَ كالإقرارِ أم كالبَيِّنَةِ .

(فإنْ نَكلَ) عن اليمينِ المردودَةِ (فكحَلِفِ المفلِسِ) في أنَّه يمتنِعُ الرُّجوعُ فيها بغيرِ بَيِّنَةٍ ، هذا إنْ كذَّبَ الغُرَماءُ البائعَ كما كذَّبه المفلِسُ (وإنْ صَدَّقَ الغُرَماءُ البائعَ فلا حَقَّ لهم فيها) لأنَّهم يزعُمونَ أنَّها له ، فإذا حَلَف المفلِسُ أخَذَها وليس له التصَرُّفُ فيها للحَجرِ واحتِمالِ غَريمٍ آخَرَ ، (و) لكنْ (للمُفلِسِ إجبارُهم على أخذِها إنْ كانتْ من جِنسِ حَقِّهم أو) على (الإبراءِ) لِذِمَّتِه (عن قدرِها) كما لو جاءَ المكاتبُ بالنَّجمِ فزَعَمَ السَّيِّدُ أنَّه غَصَبه فيُقالُ له : خُذه أو أبرِئْه عنه (فإنْ أخَذوها)

= فإنْ فُقِدَ ضارَبَ بقيمَته حَملا في بَطنِ أُمِّه حينَ أقبَضَه فتُقَوَّمُ الأُمُّ حامِلا ثم حائِلا فما بينهما يستحِقُّ البائعُ بنسبَته من الثمَنِ .

(١) (قوله : فرعٌ التأبيرُ في الثمَرَةِ كالوضعِ في الحملِ ، فإذا كانتْ إلخ) المُرادُ بالمُؤَبَّرَةِ ثَمَرَةُ النخلِ ، وأمَّا ثَمَرَةُ غيرِه ، فما لا يدخُلُ في مُطلَقِ بَيْعِ الشجرِ كان حُكمُه حُكمَ المُؤَبَّرَةِ وما يدخُلُ كَغيرِها فورَقُ الفِرصادِ والنبقِ والحِنَّاءِ والآسِ إنْ خَرَجَ والوردِ الأحمَرِ إنْ تفتَّحَ والياسَمينِ والتِّينِ والعِنَبِ إنْ خَرَجَ والمِشمِشِ وما أشبهَه إنِ انعَقَدَ وتناثَرَ نورُه والرُّمَّانِ والجوزِ إنْ ظَهَرَ مُؤَبَّرَةٌ وإلا فلا فما لا يظهَرُ حالَةَ الشِّراءِ وكان كالمُؤَبَّرَةِ حالَةَ الرُّجوعِ بَقِيَ لِلمُفلِسِ ، وما لا يكونُ كذلك رَجَعَ فيه . كوهكيلوني .

ولو إجبارًا (فللبائعِ أن يستردَّها) منهم (لإقرارِهم فلو باعَها) الحاكِمُ (لهم) أي لأجلِهم (بجِنسِ حَقِّهم) وصَرَفه إليهم (لم يأخُذه بائعُ النَّخلِ) منهم ؛ لأنَّهم لم يُقِرُّوا له به (بل عليهم رَدُّه إلى مُشتريها) أيِ الثَّمَرَةِ .

(فإنْ رَدَّه) [1] مُشتريها بل أو لم يرُدَّه فيما يظهَرُ (فمالٌ ضائعٌ فلو شَهِدَ بعضُ الغُرَماءِ) أو كُلُّهم (للبائعِ) فإنْ كان (قبلَ تصديقِهِ إيَّاه قُبِلَتْ شَهادَتُه) أو بعدَه فلا ، لِما مَرَّ أنَّهم يُجبَرونَ على أخذِ الثَّمَرَةِ فهم بشَهادَتِهم يدفعونَ ضَرَرَ أخذِها وضَياعِها بأخذِ البائعِ لها (فلو لم يُصَدِّقه إلا بعضُهم لم يُجبَر على الأخذِ) منها ؛ لأنَّه يتضَرَّرُ به لكونِ البائعِ يأخُذُ منه ما أخَذَ ، والمفلِسُ لا يتضَرَّرُ بعَدَمِ الصَّرفِ إليه لإمكانِ الصَّرفِ إلى مَنْ كذب كما ذَكَرَه بقولِه (بل يخُصُّ بها المكذِّبين) بخِلافِ ما إذا صَدَّقَه الجميعُ (وإنْ بَقِيَ لهم) أي للمُكذِّبين (شيءٌ) من حُقوقِهم (ضارَبوا المصَدِّقينَ) في باقي الأموالِ ببقيَّةِ حُقوقِهم لا بجَميعِها مُؤاخَذَةً لهم بزَعمِهم ، قال في الأصلِ : هذا كُلُّه إذا كذَّبَ المفلِسُ البائعَ فلو صَدَّقَه فإنْ صَدَّقَه الغُرَماءُ أيضًا قَضَى له ، وإنْ كذَّبوه وزَعَمُوا أنَّه أقَرَّ بمُواطَأةٍ فعلى القولَينِ في إقرارِه بعَينٍ أو دَينٍ إنْ قُلْنا لا يُقبَلُ فللبائعِ تحليفُ الغُرَماءِ أنَّهم لا يعرِفونَ رُجوعَه قبلَ التأبيرِ زادَ في الروضَةِ : وليس للغُرَماءِ تحليفُ المفلِسِ ؛ لأنَّ المقِرَّ لا يمينَ عليه فيما أقَرَّ به .

(فصلٌ : ومَتى رجع) البائعِ (في الأصلِ) من الشجَرِ أو الأرضِ (وبَقيتِ الثَّمَرَةُ أو الزَّرعُ للمُفلِسِ فلهم) أي للمُفلِسِ والغُرَماءِ (تركُها) الأولى تركُه (إلى) وقتِ (الجُذاذِ بلا أُجرَةٍ) ، إذ لا تعدِّي منهم ، وهذا كما لو باعَ أرضًا مَزروعَةً فإنَّ له ترك الزَّرعِ إلى الحصادِ بلا أُجرَةٍ ، بخِلافِ ما لو اكترى أرضًا ، وزَرَعَ فيها ثُم حُجِرَ عليه وفسَخَ المكري الإجارَةَ ، فإنَّه يتْرُكُ الزَّرعَ إلى الحصادِ بالأُجرَةِ ، والفرقُ بوجهَينِ : أشهَرُهما أنَّ المكتري دَخَلَ في الإجارَةِ لِتضَمُّنِ المنافعِ ، فألزَمَ بَدَلها بخِلافِ المشتري ، وأفقَهُهما أنَّ مَوردَ البيعِ الرَّقَبَةُ وهي تحصُلُ بالفسخِ وإنْ لم تكنْ أُجرَةً ، ومَوردُ الإجارَةِ المنافعُ ، فإذا فاتتْ هي وبَدَلُها خَلا الفسخُ عن الفائِدَةِ ذَكَرَ ذلك الرَّافعيُّ ، (والقولُ في) طَلَب (قَطعِ مَا لَهُ قيمَةٌ على ما سَبَقَ) في فصلِ إذا استأجَرَ دابَّةً أو أرضًا .

---

(١) (قوله : فإنْ رَدَّه) الأولى ما عَبَّرَ به أصلُه كَغيرِه بقولِه فإنْ لَمْ يأخُذه .

(فرعٌ : حَيثُ ثَبَت الرُّجوعُ في الثَّمَرةِ مع الشجَرةِ فتلِفتِ الثَّمَرةُ) (١) بجائحَةٍ أو أكلٍ أو غيرِها (أخَذَ) البائعُ (الشجَرةَ بحِصَّتِها) من الثَّمَنِ (وضارَبَ) مع الغُرَماءِ (بحِصَّةِ الثَّمَرةِ)منه (فتُقَوَّمُ) الشجَرةُ (مُثمِرةً فيُقالُ) قيمَتُها (مِائةٌ مَثَلا وغيرَ مُثمِرَةٍ فيُقالُ) قيمَتُها (تِسعونَ) مَثَلا (فيُضارِبُ بعُشرِ الثَّمَنِ) بنِسبَةِ ما نَقَصَ من قيمَتِها مُثمِرةً إليها (والمعتبَرُ في الثَّمَرةِ أقَلُّ قيمَتَي يومِ العقْدِ ، و) يومِ (القبضِ ولا عِبْرَةَ بما بينهما) ؛ لأنَّ ما نَقَصَ قبلَ القبضِ من ضَمانِ البائعِ فلا يُحسَبُ على المفلِسِ ، وما زادَ قبله يزيدُ في مِلْكِ المفلِسِ فلا تعَلُّقَ للبائعِ به عِندَ التلَفِ (والمعتبَرُ في الشجَرِ أكثَرُ القيمَتينِ) أي قيمَتي يومَي العقْدِ والقبضِ ؛ لأنَّ المبيعَ بينهما من
٢٠٢/٢ ضَمانِ البائعِ فنُقصانُه / وزيادَتُه للمُشتري ، فما يأخُذُه البائعُ يُعتبَرُ فيه الأكثَرُ ليكونَ النُّقصانُ محسوبًا عليه كما أنَّ ما يبقَى للمُفلِسِ ، ويُضارِبُ البائعُ بثَمَنِه ، ويُعتبَرُ فيه الأقَلُّ ليكونَ النُّقصانُ محسوبًا عليه أيضًا ، وقيلَ : المعتبَرُ في الشجَرِ قيمَةُ يومِ العقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ بعدَه زيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فيفوزُ بها البائعُ ولا تُحسَبُ عليه ، والترجيحُ من زيادَتِه .

(فلو كانت قيمَةُ الشجَرِ يومَ العقْدِ عِشرينَ و) قيمَةُ (الثَّمَرةِ) فيه (عَشرَةً فنَقَصا) الأولى فنَقَصَتا (يومَ القبضِ النِّصف ضارَبَ بخُمسِ الثَّمَنِ) وأخَذَ الشجَرَ بأربعَةِ أخماسِه لِما مَرَّ أنَّ المعتبَرَ فيه أكثَرُ القيمَتينِ ، وهي هنا عِشرونَ ، وفي الثَّمَرةِ أقَلُّهما وهي هنا خَمسَةٌ ، ومجمُوعُهما خَمسَةٌ وعِشرونَ ، ونِسبَةُ الخمسَةِ إليها خُمسٌ ، ونِسبَةُ العِشرينَ إليها أربعَةُ أخماسٍ (وإنْ لم ينقُصا) شيئًا (ضارَبَ بالثُّلُثِ) من الثَّمَنِ ، وأخَذَ الشجَرَ بثُلُثَيه ، إذ مجمُوعُ القيمَتينِ ثلاثونَ ، ونِسبَةُ العشرَةِ إليها ثُلُثُ

---

(١) (قولُه : حيثُ ثَبَت الرُّجوعُ في الثمَرةِ مع الشجَرةِ إلخ) فالتصريحُ ببَيْعِها مع الشجَرةِ أو بأن يشتري نخلا عليها ثَمَرَةٌ غيرُ مُؤَبَّرةٍ وكانت عندَ الرُّجوعِ غيرَ مُؤَبَّرةٍ أيضًا أو كانت ثَمَرَتُها عندَ الشِّراءِ غيرَ مُؤَبَّرةٍ وعندَ الرُّجوعِ مُؤَبَّرةً ، وجَعل الأصلَ من هذا القِسمِ ما إذا كانت النخلَةُ عندَ الشِّراءِ غيرَ مُطلِعَةٍ وأَطلَعَتْ عندَ المُشتري ، وكانت يومَ الرُّجوعِ غيرَ مُؤَبَّرةٍ نُسِبَ فيه إلى الغلَطِ . وقال ابنُ العِمادِ : ما ذكرَه الرَّافِعِيُّ في غايةِ الوُضوحِ والصِّحَّةِ ، وذلك أنَّه لمَّا ذكرَ أقسامَ الحملِ وذكرَ من جُملَته أنَّه إذا باعَها حامِلا ثم حَمَلَتْ وانفصَلَ الولَدُ قبلَ الرُّجوعِ يكونُ لِلمُشتري قَطعًا ذكرُ أحوالِ الشجَرةِ والثمَرةِ ، وأحاله على ما سَبَقَ في أقسامِ الحملِ فكُلُّ موضِعٍ أثبَتْنا الرُّجوعَ رَجَعَ عندَ تلَفِ الحملِ بالأرشِ إلا في الحملِ الحادِثِ إذا انفصَلَ ، وتلِفَ قبلَ الرُّجوعِ .

ونِسبَةُ العِشرينَ إليها ثُلثانِ ، وهكذا سَبيلُ التوزيعِ في كُلِّ صورَةٍ تلِف فيها أحدُ المبيعينَ واختلَفتِ القيمَةُ وأرادَ الرُّجوعَ في الباقي قاله في الأصلِ ، وفيه قال الإمامُ : وإذا اعتبَرنا في الثَّمَرَةِ أَقَلَّ القيمَتينِ فتساوتا لكن وقَعَ بينهما نَقْصٌ ، فإنْ كان لانخِفاضِ السُّوقِ فلا عِبْرَةَ به أو لِعَيبٍ طَرَأَ وزالَ ، فكذلك على الظَّاهِرِ كما يسقُطُ بزَوالِه الرَّدُّ بالعيب ، وإنْ لم يزُلْ لكن عادَتْ قيمَتُه إلى ما كانتْ لارتِفاعِ السُّوقِ فالذي أراه اعتِبارُ قيمَتِه يومَ العيب ؛ لأنَّ النَّقْصَ من ضَمانِ البائِعِ ، والارتِفاعُ بعدَه في مِلْكِ المشتري فلا يجبُرُه ، قال يعني الإمامَ ، وإذا اعتبَرنا في الشجَرِ أكثَرَ القيمِ فكانتْ قيمَتُه يومَ العقْدِ مِائَةً ويومَ القبضِ مِائَةً وخَمسينَ ويومَ رُجوعِ البائِعِ مِائَتينِ أو مِائَةً اعتُبِرَ يومُ الرُّجوعِ ، ووجهه في الثَّانيةِ أنَّ ما طَرَأَ من الزِّيادَةِ وزالَ ليس ثابتًا يومَ العقْدِ حتّى يقولَ : إنَّه وقْتُ المقابَلَةِ ، ولا يومَ رُجوعِ البائِعِ حتّى يُحسَبَ عليه انتهى . ولِلرَّافعيِّ فيه كلامٌ ذَكرته مع ما فيه في شرحِ البَهجَةِ [1] .

(فصلٌ) وفي نُسخَةٍ فرعٌ لو **(غَرَسَ)** المشتري **(في الأرضِ أو بَنَى)** فيها **(ثُمَّ رجع)** يعني أرادَ **(البائِعُ)** الرُّجوعَ فيها **(فإن اتَّفَقَ المفلِسُ والغُرَماءُ على القَلْعِ)** للغِراسِ أو البناءِ قَلَعوا ؛ لأنَّ الحقَّ لهم لا يعدوهم [2] ، ورجع فيها البائِعُ وإذا قَلَعوا **(لَزِمَ)** وفي نُسخَةٍ لَزِمَهم **(أرشُ نَقصِ الأرضِ)** من مالِ المفلِسِ إنْ نَقَصَتْ بالقَلْعِ **(و)** لَزِمَ **(تسويتُها)** أي تسوِيةُ حُفَرِها من مالِه **(وهل يُقَدَّمُ)** [3] البائِعُ على سائِرِ الغُرَماءِ **(به)** أي بمُلْزِمٍ في الصُّورَتينِ ؛ لأنَّه لِتخليصِ مالِه وإصلاحِه **(أو يُضارِبُ)**

---

(١) (قولُه : ولِلرَّافِعِيِّ فيه كلامٌ ذكرته مع ما فيه في شرحِ البهجةِ) قال الرَّافِعِيُّ : هذا إنِ استقامَ في طَرَفِ الزِّيادَةِ تخريجًا على أنَّ ما يفوزُ به البائِعُ من الزِّيادَةِ الحادِثَةِ عندَ المشتري يُقَدَّرُ كالموجودِ عندَ البيعِ لا يستقيمُ في طَرَفِ النُّقصانِ ؛ لأنَّه كالتعَيُّب في يدِ المشتري ، وإذا رَجَعَ البائِعُ إلى العينِ المعيبةِ لا يُطالِبُ لِلعَيْب بشيءٍ ، وفي استقامَةِ ذلك في طَرَفِ الزِّيادَةِ تخريجًا على ما قاله نَظَرٌ كما يُشيرُ إليه تعبيرُه بأنَّ ؛ لأنَّ اعتبارَ الزِّيادَةِ هنا يمنَعُ من أن يفوزَ العائِدُ بزيادَةٍ فلا يُناسِبُ ما خَرَجَ عليه .

(٢) (قوله : قَلَعوا ؛ لأنَّ الحقَّ لهم لا يعدوهم) قال الأذْرَعِيُّ : وينبَغي أنْ لا يقلَعَ إلا بعدَ رُجوعِه في الأرضِ كما اقتضاه كلامُ العِمرانِيِّ وغيرِه وإلا فقد يوافِقُهم ثم لا يرجِعُ فيتضَرَّروا إلا أنْ تكونَ المصْلَحةُ لهم فلا يُشترَطُ تقَدُّمُ رُجوعِه ، وقولُه : قال الأذْرَعِيُّ : وينبَغي إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وهل يُقَدَّمُ به) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه يُقَدَّمُ بهما البائِعُ على الغُرَماءِ كما صَرَّحَ به جَماعَةٌ ، وجَزَمَ به في الكِفايةِ وأنكَرَ على الرَّافِعِيِّ حِكايةَ الخلافِ فيه وأوَّله . ح .

به كسائِرِ الغُرَماءِ فيه (وجهانِ) الأكثَرونَ على الأولِ ، وليس له أن يُلْزِمَهم أخذَ قيمَةِ البناءِ والغِراسِ ليتمَلَّكهما مع الأرضِ كما صرّحَ به الأصلُ (وإن اختلَفوا) بأنْ طَلَبَ المفلِسُ القَلْعَ ، والغُرَماءُ أخذَ القيمَةِ من البائِعِ ليتمَلَّكه أو بالعكسِ أو وقَعَ هذا الاختِلافُ بين الغُرَماءِ وطَلَبَ بعضُهم البيعَ ، وبعضُهم القيمَةَ من البائِعِ (عَمِلَ بالمصلحَةِ) ، وعِبارَتُه لِشُمُولِها لِلصُّورَةِ الأخيرَةِ أولى من عِبارَةِ الأصلِ وإن امتنَعوا من القَلْعِ لم يُجبَروا عليه لِعَدَمِ التعَدّي ، ذكَرَه الأصلُ .

(وليس للبائِعِ أخذُ الأرضِ وحدَها) وإبقاءُ البناءِ والغِراسِ لهم لِلضَّرَرِ بنَقْصِ قيمَتِهما بلا أرضٍ بل (يتخَيَّرُ بين) ثَلاثَةِ أشياءَ (المضارَبَةِ بالثَّمَنِ وتملُّكِ الجميعِ [١] بالقيمَةِ والقَلْعِ بالأرشِ) لِلنَّقصِ ، لأنَّ مالَ المفلِسِ مَبيعٌ كُلُّه ، والضَّرَرُ يندَفِعُ بكُلٍّ منها فأُجيبَ البائِعُ لِما طَلَبَه منها بخِلافِ ما لو زَرَعَ المشتري الأرضَ ورجع البائِعُ لا يتمَكَّنُ من ذلك ، لأنَّ لِلزَّرعِ أمَدًا يُنتظَرُ فسَهلَ احتِمالُه بخِلافِ البناءِ والغِراسِ ، وعِبارَةُ الأصلِ : يُضارِبُ بالثَّمَنِ أو يعودُ إلى بَدَلِ قيمَتِهما أو قَلْعِهما مع غَرامَةِ أرشِ النَّقصِ ، قال الإسنَويُّ : وكتبَ النَّوويُّ على حاشيةِ الروضَةِ : قولُه يعودُ إشارَةٌ إلى أنَّه لو امتَنَعَ من ذلك ثُم عادَ إليه مُكِّنَ (فإنْ رَضوا بأخذِه الأرضَ وباعوا ما فيها) من بناءٍ أو غِراسٍ (وامتنَعَ) هو (من بيعِ الأرضِ معهم) بعدَ أخذِه لها (فتخَيُّرُه) بين الأخيرينِ من الثَّلاثَةِ المذكُورَةِ (باقٍ) فلا يُجبَرُ على بيعِها معهم ، لأنَّ إفرادَ البناءِ والغِراسِ بالبيعِ مُمكِنٌ بخِلافِ نَظيرِه فيما لو صَبَغَ المشتري الثَّوبَ ثُم حُجِرَ عليه ، أمَّا إذا وافَقَ على بيعِها معهم فظاهرٌ وطَريقُ التوزيعِ ما مَرَّ في الرَّهْنِ ، ذَكرَه الأصلُ قال
٢٠٣/٢ الأذرَعيُّ : وهذا يقتضي الجزمَ بصِحَّةِ هذا البيعِ ، وفيه / إشكالٌ يُعرَفُ مِمَّا مَرَّ في تفريقِ الصَّفقَةِ فيما إذا باعا عبدَيهما بثَمَنٍ واحِدٍ فإنَّ الأظهَرَ البُطْلانُ انتهى .

ويُجابُ بأنَّ ما في الأرضِ تابعٌ لها ، لأنَّها مَقرُّه ويُغتفرُ في التابعِ ما لا يُغتفرُ في الأصلِ مع أنَّ الحاجَةَ داعيةٌ إلى بيعِ مالِ المفلِسِ في الجُملَةِ (و) إذا امتنَعَ من بيعِها معهم فباعوا ما فيها ثَبَت (للمُشتري) منهم (الخيارانِ جَهلَ) حالَ ما اشتراه .

---

(١) (قوله : بل يتخَيَّرُ بين المُضارَبَةِ بالثمَنِ وتمَلُّكِ الجميعِ بالقيمَةِ) ، وعِبارَةُ الشرحينِ والرَّوضَةِ أنَّ له أنْ يرجِعَ على أن يتمَلَّكَ بصيغَةِ الشرطِ ، وهو يقتضي أنَّ الرُّجوعَ لا يصِحُّ بدونه على خلافِ ما تدُلُّ عليه عِبارَةُ المنهاجِ وعلى هذا فهل يُشترَطُ الإتيانُ به مع الرُّجوعِ كما يقتضيه كلامُهم أم يكفي الاتّفاقُ عليه وعلى كِلا الأمرَينِ إذا لَم يفعَل بعدَ الشرطِ أو الاتّفاقِ فهل يُجبَرُ عليه أو يُنقَضُ الرُّجوعُ أو يتبَيَّنُ بُطْلانُه قال الإسنَويُّ فيه نَظَرٌ .

(وإن اشترى الأرضَ من رَجُلٍ والغِراسَ من آخَرَ) وغَرَسَه فيها (فلِكُلٍّ) من البائِعَينِ (الرُّجوعُ) فيما باعَه فإنْ رَجَعا وأرادَ صاحِبُ الغِراسِ القَلْعَ مُكِّنَ منه، وكذا إنْ أرادَه صاحِبُ الأرضِ وضَمِنَ أرشَ النَّقْصِ.

(فإنْ قَلَعَ صاحِبُ الغِراسِ فعليه تسويةُ) حُفَرِ (الأرضِ، وأرشُ نَقْصِها) إنْ نَقَصَتْ (أو) قَلَعَ (صاحِبُ الأرضِ ضَمِنَ أرشَ) نَقْصِ (الغِراسِ) إنْ نَقَصَ، (فإنْ أرادَ القَلْعَ مجَّانًا فهل يُجابُ) إليه، لأنَّ صاحِبَ الغِراسِ باعَه مُنفرِدًا فيأخُذُه كذلك أو لا يُجابُ، لأنَّه غَرسٌ مُحترَمٌ كغَرسِ المفلِسِ؟ فيه (وجهانِ) أصحُّهما كما قال الأذرَعيُّ وغيرُه الثَّاني [(١)]، وبه جزَمَ الشاشيُّ والدّارِميُّ، والقياسُ أنْ يُقال بمِثلِه في صاحِب الغِراسِ، وقد يُجابُ بأنَّ ذاك مالِكٌ للغِراسِ فله قَلْعُه، وإنْ قال: اقلَعه مجَّانًا، فإذا قَلَعَه ضَمِنَ الأرشَ إنْ حَصَلَ نَقصٌ بخِلافِ صاحِبِ الأرضِ فإنَّه ليس مالِكًا له فلا يُمكَّنُ من القَلْعِ إذا قال: أَقلَعُ مجَّانًا قال الماورديُّ: ولو امتنَعَ صاحِبُ الغِراسِ من قَلْعِه وبَذَلَ صاحِبُ الأرضِ قيمَته قائمًا لم يكنْ لِصاحِبِ الغِراسِ إقرارُه بل يتخَيَّرُ بين قَلْعِه وأخذِ القيمَةِ، ولو امتنَعَ صاحِبُ الأرضِ من بَذلِ القيمَةِ، وصاحِبُ الغِراسِ من القَلْعِ فإنْ رَضي صاحِبُ الأرضِ بإقرارِه كان مُقِرًّا له بأُجرةِ مِثلِه ما بَقي في أرضِه.

(فصلٌ: له) أي للبائعِ بعدَ الفسخِ (الرُّجوعُ في) قدرِ المبيعِ من (مِثليٍّ) كزَيتٍ خُلِطَ (بمِثلِه وبأردَأَ منه) أي بهما مَعًا أو بأحدِهما لِبَقائِه في مِلْكِ المفلِسِ بغيرِ تعَلُّقِ حَقٍّ لازِمٍ به ويكونُ في صورةِ الأردأِ مُسامِحًا [(٢)] بعَيبه كعَيبِ العبدِ ونحوِه (لا) إنْ خُلِطَ بشيءٍ (أجودَ) منه فليس له الرُّجوعُ فيه لِتعَذُّرِ الرُّجوعِ في عَينِه مع تضَرُّرِ المفلِسِ فتتعَيَّنُ المضارَبَةُ بالثَّمَنِ، نَعَم إذا قَلَّ الأجودُ بحَيثُ لا يظهَرُ به زيادَةٌ في الحِسِّ ويقَعُ مِثلُه بين الكيلَينِ، قال الإمامُ: فالوجه القَطْعُ بالرُّجوعِ ذكَرَه الأصلُ (ولا) رُجوعَ له (في) ما خُلِطَ بغيرِ جِنسِه مِثلُ (زَيتٍ خُلِطَ بشَيرَجٍ) لِعَدَمِ جوازِ القِسمَةِ لانتِفاءِ التماثُلِ فهو كالتالِفِ (وله الإجبارُ على قِسمَةِ ما رجعَ فيه) مع ما

---

(١) (قوله: أصحُّهما كما قال الأذرَعيُّ وغيرُه الثاني إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه.

(٢) (قولُه: ويكونُ في صورةِ الأردأِ مُسامِحًا بعَيْبِه إلخ) هذا إذا خَلَطَه المُشتري فلو خَلَطَه أجنبيٌّ ضارَبَ البائِعَ بنَقصِ الخلطِ كما في العيبِ قاله الزَّركَشيُّ، وناقَضَ الإسنَويُّ بينه، وبين قولِهم في بابِ الغصبِ والخلطِ هَلاكٌ إنْ لَم يتمَيَّزْ، وفرَّقَ غيرُه بأنَّا إذا لَم تثبُت الشرِكَةُ هنا لَم يحصُل للبائِع تمامُ حَقِّه بل يحتاجُ إلى المُضارَبةِ وفي الغصبِ يحصُلُ لِلمالِكِ تمامُ البَدَلِ.

خُلِطَ به كالمشترَكِ المِثْليِّ (لا على بيعِه) كما لا يُجبَرُ الشريكُ على البيعِ .

(فصلٌ : وإن اشترَى حِنطَةً فطَحَنَها أو ثوبًا فقصَّرَه أو خاطَه بخُيُوطٍ منه) أو بخُيُوطٍ اشتراها معه ثُم حُجِرَ عليه (فللبائعِ الرُّجوعُ) فيما باعَه (ولا شيءَ له) معه (إنْ نَقَصَتِ القيمَةُ) أي قيمَتُه بالطَّحنِ أو القَصرِ أو الخياطَةِ عن قيمَتِه قبله كما في رُجوعِه فيما خُلِطَ بالأردَإِ (أو ساوتْ) ها ؛ لأنَّ المبيعَ مَوجودٌ بلا زيادَةٍ ولا شيءَ للمُفلِسِ (وإنْ زادَتْ) عليها (فالمفلِسُ شريكٌ بالزِّيادَةِ) إلحاقًا لها بالعينِ ؛ لأنَّها زيادَةٌ بفعلٍ مُحترَمٍ مُتقوِّمٍ بخِلافِ الغاصِبِ ، ويُفارِقُ سِمَنَ الدّابَّةِ بالعلفِ وكِبَرَ الوديِّ بالسَّقْيِ بأنَّ القَصَّارَ مَثلًا إذا قَصَّرَ صارَ الثوبُ مَقصورًا ، والعلفُ والسَّقْيُ يُوجَدانِ كثيرًا ، ولا يحصُلُ السِّمَنُ والكِبَرُ فكان الأثَرُ فيه غيرَ مَنسوبٍ إلى فعلِه بل هو مَحضُ صُنعِ الله تعالى ؛ ولهذا يمتنِعُ الاستِئجارُ لِتسمينِ الدّابَّةِ وتكبيرِ الوديِّ بخِلافِه للقِصارَةِ ونَحوِها (وكذا) يكونُ المفلِسُ شريكًا بالزِّيادَةِ (لو اشترَى دَقيقًا فخَبَزَه أو لحمًا فشَواه أو شاةً فذَبحَها أو أرضًا فضَرَبَ من تُرابِها لَبِنًا أو عَرصَةً وآلاتِ البناءِ فبَنَى بها دارًا ، أو عَلَّمَ العبدَ القُرآنَ والحِرفَةَ) ككِتابَةٍ وشَعرٍ مُباحٍ ورياضَةِ دابَّةٍ (والضّابطُ) لِذلك (أنَّ كُلَّ صَنعَةٍ يجوزُ الاستِئجارُ عليها ، ويظهَرُ لها أثَرٌ تُعَدُّ عَينًا لا أثَرًا فلا أثَرَ لِسياسَةِ الدّوابِّ وحِفظِها) في مُشارَكَةِ المفلِسِ ؛ لأنَّه وإن صَحَّ الاستِئجارُ لهما لا يظهَرُ لهما أثَرٌ فيها ، وإذا عُدًّا لأثَرِ المذكُورِ عَينًا .

(فإنْ كانتْ قيمَةُ الثّوبِ غيرَ مَقصورٍ خَمسَةً ومَقصورًا سِتَّةً رجع) المفلِسُ (بسُدُسِ الثَّمَنِ فإن ارتفعَ السُّوقُ بقيمَةِ أحدِهما) أي الثوبِ والقِصارَةِ (اختصَّ) الأخذ (بالزِّيادَةِ أو بهما) أي بقيمَتِهما (فبالنِّسبَةِ) تكونُ الزِّيادَةُ بينهما وهذا يأتي في الفرعِ الآتي أيضًا ، ولو قال فإن ارتفعَتْ أو انخفَضَتْ قيمَةُ أحدِهما بالسُّوقِ أُختَصُّ بالزِّيادَةِ أو النَّقصِ أو قيمَتِهما فبالنِّسبَةِ كان أولى وأوفقَ بكلامِ الأصلِ (وللأجيرِ على القِصارَةِ ونَحوِها حَقُّ الحبْسِ) لِلثّوبِ المقصورِ ونَحوِه بوضعِه عِندَ عَدلٍ (ليستوفيَ الأُجرَةَ) كما أنَّ للبائعِ حَبسَ المبيعِ ليستوفيَ الثَّمَنَ بناءً على أنَّ القِصارَةَ ونَحوَها ٢/٢٠٤
عَينٌ وقَيَّدَه القَفّالُ في فتاويه بالإجارَةِ الصَّحيحَةِ [١] ، والبارزيُّ وغيرُه بما إذا زادَتِ القيمَةُ بالقِصارَةِ ، وإلا فلا حَبسَ فيأخُذُه المالِكُ كما لو عَمِلَ المفلِسُ فإن كان مَحجورًا

---

(١) (قولُه : وقَيَّدَ القفّالُ في فتاويه بالإجارَةِ الصَّحيحة) أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه والبارزيُّ وغيرُ إلخ وكَتبَ عليه وصَوَّبَه البُلقينيُّ .

عليه بالفلَسِ ضارَبَ الأجيرُ بأُجرتِه وإلا طالَبَه بها .

(فرعٌ : وإنْ صَبَغَ) المفلِسُ **(الثوبَ بصَبْغِه أو لَتَّ السَّوِيقَ ولم تزِد القيمَةُ)** أي قيمَتُه بالصَّنْعَةِ على قيمَتِه بدونِها بأنْ نَقَصَتْ عنها أو ساوتْها **(ورجع البائعُ)** فيه **(فلا شيءَ للمُفلِسِ)** كما لا شيءَ عليه للبائعِ **(وإنْ زادَتْ)** قيمَتُه على تِلْك **(ووفتْ بالقيمَتين)** كأنْ كانتْ قيمَتُه أربعَةً وقيمَةُ الصَّبغِ دِرهَمَينِ فصارَتْ بعدَ الصَّبغِ سِتَّةً **(أخَذَ كُلٌّ)** من المتبايِعَينِ **(حَقَّه)** فكُلُّ الثوب للبائعِ وكُلُّ الصَّبغِ للمُفلِسِ [1] كما لو غَرَسَ الأرضَ ، وهذا ما أورَدَه ابنُ الصَّبَّاغِ في الشامِلِ [2] وهو معنى قولِهم : المفلِسُ شريكٌ بالصَّبغِ ، وقيلَ : مَعناه أنَّهما يشترِكانِ فيهما بحَسَب قيمَتِهما لِتعَذُّرِ التمييزِ كخَلْطِ الزَّيتِ وعلى هذا التقريرِ فالترجيحُ من زيادَتِه .

(وإنْ لم تفِ) قيمَتُه بالقيمَتينِ كأنْ صارَتْ قيمَتُه في مِثالِنا خَمسَةً **(فالنَّقصُ على الصَّبغِ)** ، لأنَّه هالِكٌ في الثوب ، والثوبُ قائمٌ بحالِه **(وإنْ زادَتْ)** قيمَتُه **(عليهما)** أي على القيمَتينِ كأنْ صارَتْ قيمَتُه ثمانيةً **(فالزِّيادَةُ والصَّبغُ للمُفلِسِ)** [3] بناءً على أنَّ الصَّنعَةَ عينٌ ، فيُجعَلُ الثمَنُ بينهما نِصفينِ **(وللبائعِ إمساكُ الثوب وبَذلُ ما للمُفلِسِ من قيمَةِ الصَّبغِ والقِصارَةِ)** وإنْ كان قابلا للفصلِ كما يبذُلُ قيمَةَ البناءِ والغِراسِ وهذا لا يُنافي قولهم : إنَّه شريكٌ ، لأنَّ أموالَ المفلِسِ تُباعُ إمَّا للبائعِ أو لِغيرِه .

(فإن اشترَى الصَّبغَ من بائعِ الثوب أو من آخَرَ أو كان الثوبُ للمُفلِسِ فإنْ لم تزِدْ قيمَةُ الثوب) مَصبوغًا على قيمَتِه غيرَ مَصبوغٍ كأنْ كانتْ قيمَتُه أربعَةً فصارَتْ بعدَ الصَّبغِ ثلاثَةً أو أربعَةً **(فالصَّبغُ مَفقودٌ يُضارِبُ به)** أي بثَمَنِه **(صاحِبُه)** وصاحِبُ الثوب واجِدٌ له فيأخُذُه ولا شيءَ له ، وإنْ نَقَصَتْ قيمَتُه كما مَرَّ **(وإنْ زادَتْ)** قيمَتُه مَصبوغًا على تِلْك **(ولم تفِ بقيمَتِهما)** كأنْ صارَتْ خَمسَةً **(فالصَّبغُ ناقِصٌ فإنْ شاءَ قَنَعَ به)** بائعُه **(وإنْ شاءَ ضارَبَ بثَمَنِه وإنْ زادَتْ)** قيمَتُه

---

(١) (قوله : فكُلُّ الثوب لِلبائعِ وكُلُّ الصَّبغِ لِلمُفلِسِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وهذا ما أورَدَه ابنُ الصَّبَّاغِ في الشامِلِ) وهو ما ذكرَه البندَنيجيُّ والماورديُّ وغيرُهما في نَظِيرِه من الغصب وارتضاه في المطلَب .

(٣) (قوله : وإنْ زادَتْ عليهما فالزِّيادَةُ لِلمُفلِسِ) لو كانت زيادَةُ القيمَةِ بارتفاعِ سوقِ المبيعِ ، أو الزِّيادَةُ اختصَّتْ .

(عليهما) أي على القيمَتين كأن صارَتْ ثمانيةً (فالزّيادَةُ) وهي في المِثالِ دِرهَمانِ (للمُفلِسِ ، ويجوزُ له وللغُرَماءِ قَلعُ الصَّبغِ إن اتَّفقوا) عليه (ويغرَمُونَ نَقصَ الثّوب) كالبناءِ والغِراسِ (وكذا) يجوزُ (لِصاحِبِ الصَّبغِ) الذي اشتراه المفلِسُ من غيرِ صاحِبِ الثّوب (قَلْعُه ويغرَمُ نَقصَ الثّوب أيضًا) التصريحُ بهذا من زيادَتِه .

وكذا يجوزُ قَلْعُه لِمالِكِ الثّوب مع غُرمِ نَقصِ الصَّبغِ قاله المتولّي ، ومَحَلُّ ذلك إذا أمكَنَ قَلْعُه بقولِ أهْلِ الخِبْرَةِ وإلا فيمنَعونَ منه نَقَله الزَّركشيُّ عن ابنِ كجٍّ في الأُولى ، وفي مَعناه الأخيرَتانِ (واعلم أنَّ القَصَّار) لِلثّوب الذي استأجَرَه على قَصرِه مُشتريه (يُضارِبُ) بأُجرَتِه تارَةً ، و (بما نَقَصَ) منها أُخرَى [١] كما سَيأتي وكالقَصَّارِ الصَّبّاغُ ونَحوُه (مِثالُه ثَوبٌ قيمَتُه عَشرَةٌ ، وقيمَةُ) أي أُجرَةُ (صَبغِه) بفتحِ الصّادِ (أو قِصارَتِه دِرهَمٌ فقوِّمَ خَمسَةَ عَشرَ فلِصاحِبِ الثّوب عَشرَةٌ وللصَّبغِ أو القِصارَةِ دِرهَمٌ وأربعَةٌ للمُفلِسِ) هذا إنْ فسَخَ الصَّبّاغُ أو القَصّارُ ، وإلا ضارَبَ بدِرهَمٍ .

(فلو كانتِ القِصارَةُ) مَثَلا أي أُجرَتُها (خَمسَةً وساوى) الثّوبُ (مَقصورًا أحدَ عَشرَةَ فإنْ فسَخَ الأجيرُ) الإجارَةَ (فللبائعِ عَشرَةٌ وللأجيرِ دِرهَمٌ ، ويُضارِبُ بأربعَةٍ وإلا) أي وإن لم يفسَخ (ضارَبَ بخَمسَةٍ) كما يُضارِبُ بها إذا لم تزِدْ القيمَةُ بالقِصارَةِ (والدّرهَمُ للمُفلِسِ) والعشرَةُ للبائِعِ لا يُقالُ : قَضيَّةُ كونِ القِصارَةِ عَينًا أنَّ الزّائِدَ بها للقَصّارِ كزيادَةِ المبيعِ المتَّصِلَةِ وأنَّ النّاقِصَ عن الأجرِ يقنَعُ به ؛ لأنَّ مَنْ وجَدَ عَينَ مالِه - كالصَّبغِ في نَظيرِ مسألَتِنا - ناقِصًا قَنَعَ به أو ضارَبَ ؛ لأنّا نَقولُ : القِصارَةُ في الحقيقَةِ ليستْ عَينًا تُفرَدُ بالبيعِ [٢] والأخذِ والرّدِّ كسائِرِ الأعيانِ بل صِفةً تابعَةً لِلثّوب ولِهذا لم نَجعَل الغاصِبَ شريكًا للمالِكِ بها كما جعلْناه شريكًا له إذا صَبَغَه. وإنَّما شُبِّهَتْ بالعينِ من حَيثُ إنَّ الزّيادَةَ الحاصِلَةَ بها مُتقوِّمَةٌ مُقابَلَةٌ بعِوضٍ فلا تضيعُ على المفلِسِ كالأعيانِ ، وأمّا في حَقِّ الأجيرِ فليستْ مَوردَ الإجارَةِ حتى

---

(١) (قوله : واعلَم أنَّ القصّارَ يُضارِبُ بأُجرَتِه تارَةً وبما نَقَصَ منها أُخرَى إلخ) لو سَلَّمَ القصّارُ الثوبَ لِلمُستأجِرِ قبلَ استيفاءِ أُجرَتِه ثم أفلَسَ صاحِبُه كان لِلقَصّارِ التقَدُّمُ بأُجرَتِه كما لو لَم يُسَلِّمه ، ولَم يُصَرِّحْ به الأصحابُ لكنْ يقتضيه إطلاقُهم قاله السُّبكيُّ .

(٢) (قوله : لأنّا نَقولُ : القِصارَةُ في الحقِيقَةِ ليستْ عَينًا تُفرَدُ بالبيعِ) قال القموليُّ : اعلَم أنَّ المُرادَ بالقِصارَةِ هنا تصفيةُ الثوب بالغسلِ ، وأمَّا القِصارَةُ التي تعهَدُها بالإسكَندريَّةِ فهي عَينٌ قَطعًا ؛ لأنَّها أعيانٌ تُجْعَلُ في الثوب بعدَ تصفيته .

يُرجع إليها بل مَوردُها الصَّنعَةُ ولا يُتصَوَّرُ الرُّجوعُ إليها لجُعِلَ الحاصِلُ بها لاختِصاصِه بها مُتعلَّقَ حَقِّه كالمرهونِ في حَقِّ المرتهنِ فهي مَملُوكةٌ للمُفلِسِ مَرهونَـةٌ بحَقِّ الأجيرِ فلا يزيدُ حَقُّه بزيادَةِ قيمَةِ المقصورِ ولا ينقُصُ عنه بنَقْصِها كما هـو شَأنُ المرهونِ ، فإنْ قُلْت : قَضيَّةُ كونِها مَرهونَةً بحَقِّه ، وأنَّ لـه حَقَّ الحبْسِ كما مَرَّ أنَّه لا يُضارِبُ / ٢٠٥/٢
بـالأُجرَةِ سواءٌ أفسَخَ أم لا ، قُلْت : إذا لـم يفسَخْ فهو مُقصِّرٌ فسَقَطَ حَقُّـه إمَّا من الحبْسِ والرَّهنيَّةِ ، أو من الرَّهنيَّةِ فقط ، وبَقِي حَقُّ الحبْسِ كما هو في حَقِّ حَبْسِ المبيعِ **(ولا يزيدُ حَقُّ القَصَّارِ بزيادَةِ راغِبٍ بخِلافِ صاحِبِ الصَّبغِ)** [١] يزيدُ حَقُّه بزيادَتِه ، لأنَّ الصَّبغَ مُستحَقٌّ لِلصَّبَّاغِ بخِلافِ القِصارَةِ فإنَّها غيرُ مُستحَقَّةٍ للقَصَّارِ ، وإنَّما هي مَرهونَةٌ بحَقِّه فلا يستوفي منها زيادَةً على ما رُهِنَ بها ، وهو الأُجرَةُ .

(فلو رَغِبَ راغِبٌ في مِثالِنا) المساوِي فيه الثَّوبُ مَصبوغًا أو مَقصورًا خَمسَةَ عَشرَ **(فاشتراه بثَلاثينَ فلِصاحِبِ الثَّوبُ عِشرونَ ولِلصَّبغِ)** في صورَتِه **(دِرهَمانِ أو القِصارَةُ)** في صورَتِها **(دِرهَمٌ وثَمانيةٌ للمُفلِسِ)** في الأُولى **(أو تِسعَةٌ)** في الثَّانيةِ لِما مَرَّ آنِفًا **(ولو قال الغُرَماءُ للقَصَّارِ)** أو الصَّبَّاغِ **(نُقَدِّمُك بالأُجرَةِ)** ودَعنا نَكُنْ شُرَكاءَ صاحِبِ الثَّوبِ **(لم يُجبَرْ)** صَوابُه أُجبِرَ [٢] **(على القَبولِ)** . وعِبارَةُ الروضَةِ أُجبِرَ على الأصَحِّ [٣] كالبائِعِ إذا قَدَّمَه الغُرَماءُ بالثَّمَنِ ، واعترَضَه الإسنَوِيُّ

---

(١) (قولُه : ولا يزيدُ حَقُّ القَصَّارِ بزيادَةِ راغِبٍ بخِلافِ صاحِبِ الصَّبغِ إلخ) قال في المُهِمَّاتِ : وهو غَريبٌ فقد تقَدَّمَ في أوائِلِ الفرعِ أنَّا إذا فرَّعنا على أنَّ القِصارَةَ عَيْنٌ وزادَتْ قِيمَةُ الثوبِ أنَّ لِكُلِّ واحدٍ من البائِعِ والأجيرِ الرُّجوعَ إلى عَيْنِ مالِه لجَعْلاه مُستحِقًّا له فكيف يجيءُ هذا ، واعترَضَه البُلقينيُّ بأنَّه لَـم يتقَدَّم أنَّ الأجيرَ يرجِعُ في زيادَةٍ على أُجرَتِه بل قال هناكَ : إنَّ الزِّيادَةَ لِلمُفلِسِ اهـ وقال ابنُ العِمادِ : هذا لا يُعارِضُ ما سَبَقَ ، والاستدلالُ صحيحٌ ؛ لأنَّ ما سَبَقَ هو أنَّه لو كانت الأُجرَةُ خَمسَةً ، والثوبُ بعَشَرَةٍ ، وبعدَ القِصارَةِ يُساوِي أحدَ عَشَرَ فإنْ فسَخَ الأجيرُ الإجارَةَ فعَشَرَةٌ لِلبائِعِ ، ودرهَمٌ لِلأجيرِ ، ويُضارِبُ بأربَعَةٍ ، والحاصِلُ أنَّ القِصارَةَ لها ثَلاثةُ أحْوالٍ : أحدُها أنْ لا يزيدَ الثوبُ بسَبَبِها فتتعَيَّنُ المُضارَبَةُ ، وصاحِبُها فاقِدٌ كما أنَّ صاحِبَ الصَّبغِ فاقِدٌ ، إذا لَم تزِد العينُ . الثاني : أنْ يزيدَ الثـوبُ بمِقدارِ الأُجْرَةِ أو أقلَّ فيتعَلَّقُ بها الأجيرُ إنْ فسَخَ فيُضارِبُ بالباقِي من الأجرَةِ في صورَةِ النقصِ . الثالِثُ : أنْ يزيدَ على قِيمَةِ القِصارَةِ فلا شيءَ لِلأجيرِ إلا مِقدارُ الأُجْرَةِ .

(٢) (قوله : صَوابُه أُجبِرَ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه هوكذلك في بعضِ النُّسَخِ .

(٣) (قوله : وعِبارَةُ الرَّوضَةِ أُجبِرَ على الأصَحِّ) كما يُجْبَرُ المُرتهِنُ على قبولِ قبضِ دَيْنِه إذا قال له الغُرَماءُ : خُذْ دَيْنَك ودَعِ العينَ ، وكما يُجْبَرُ البائِعُ على عَدَمِ الفسخِ إذا قال له الوارِثُ : =

وغيرُه (١) بما تقدَّمَ من ترجيحِ جوازِ الفسخِ عِنْدَ تقديمِهم بالثَّمَنِ وبأنَّ الرَّافعيَّ لم يذكُر قوله كالبائعِ إلى آخرِه تعليلا للإجبارِ بل لِمقَابِله ، ورَجَّحَ الإجبارَ بناءً على أنَّ القِصارَةَ مَملُوكةٌ للمُفلِسِ مَرهونَةٌ بحَقِّ الأجيرِ والمرتهنِ ليس له أن يُمسِك المرهونَ بعدَ أداءِ حَقِّه ، فصَوابُ العِبارَةِ أنْ يزيدَ في الروضَةِ بعدَ قولِه على الأصَحِّ والثَّاني لا كالبائعِ إلى آخرِه انتهى . وعلى الصَّحيحِ من أنَّ القَصَّارَ يُجبَرُ دون البائعِ يُفرَّقُ بأنَّ حَقَّ القَصَّارِ مُتعَلِّقٌ بالعينِ تعَلُّقَ الرَّهْنِ ، فإذا أدَّى حَقَّه زالَ تعَلُّقَه بها فأُجبرَ بخِلافِ حَقِّ البائعِ ، وما أُجيبَ به عن اعتِراضِ الإسنَويِّ من أنَّ ما هنا إنَّما هو فيما إذا قال الغُرَماءُ في المقيسِ والمقيسِ عليه نُقَدِّمُك من مالِنا ليس بشيءٍ .

(**فصلٌ : وإنْ أخفى رَجُلٌ**) مَديُونٌ (**ماله**) أي بعضَه كما عَبَّرَ به الأصلُ ونَقَصَ الموجودُ عن دَينِه (**فحُجِرَ عليه**) ورجع البائعُ في عَينِ مالِه (**وتصرّف القاضي**) في باقي مالِه ببيعِه وقِسمَةِ ثَمَنِه بين غُرَمائِه ثم (**بانَ أنَّه لا يجوزُ الحجرُ عليه لم يُنقَضْ**) تصَرُّفُه (**؛ إذ للقاضي بيعُ مالِ الممتنعِ**) من أداءِ دَينِه وصَرفُه في دَينِه (**ورُجوعُ البائعِ في العينِ**) المبيعَةِ (**لامتِناعِ المشتري**) من أداءِ الثَّمَنِ (**مُختلَفٌ فيه ، وقد حَكَمَ**) به (**القاضي مُعتقِدُ نُفوذِه**) أي الحاكِمُ أي جوازَه بخِلافِ ما إذا لم يعتقِدْ ذلك فيُنقَضُ تصَرُّفُه ، وهذا التقْيِيدُ من تفقُّه الشيخينِ فإنَّهما قالا : فإذا حَكَمَ به القاضي نَفَذَ كذا في التتِمَّةِ ، وفيه توقُّفٌ ؛ لأنَّ القاضي رُبَّما لا يعتقِدُ جوازَ ذلك انتهى ، وسَيأتي في الشهاداتِ قبلَ الباب الثَّاني ما يُؤَيِّدُ التوقُّف ، فالمعتمَدُ التقْيِيدُ .

* * *

= خُذ الثمَنَ من مالي على الأصحِّ .

(١) (قوله : واعترَضَه الإسنَوِيُّ وغيرُه إلخ) اعترَضَ ابنُ العِمادِ بأنَّه لا تخالُف بين الكلامَيْنِ فإنَّ المذكورَ هنا إنَّما هو فيما إذا قال الغُرَماءُ لِلقَصَّارِ : خُذ أُجرَتك من مالِنا ، وهو ظاهرٌ ، وقولُه في الرَّوضَةِ كما إذا قَدَّمَه الغُرَماءُ بالثمَنِ يعني من مالِهم فيُجْبَرُ على الأصحِّ ا هـ . وما ذكرَه في إجبارِ البائعِ في هذه غَلَطٌ فإنَّ له الفسخَ فيها قَطعًا .

(كتاب الحجر)

هو لغةً المنعُ ، وشرعًا : المنعُ من التصرُّفات الماليَّةِ والأصلُ فيه قوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامَى حَتَّى إذا بَلَغوا النِّكاحَ﴾ (١) الآيةَ [النساء : ٦] وقوله ﴿فإنْ كان الذي عليه الحقُّ سَفيهًا﴾ الآيةَ [البقرة :٢٨٢] والسَّفيه المُبَذِّرُ والضَّعيفُ الصَّبيُّ والذي لا يستطيعُ أن يُمِلَّ المغلوبُ على عَقلِه والحجرُ نوعانِ نوعٌ شُرِعَ لِمَصْلَحةِ الغيْرِ كالحجرِ على المُفْلِسِ لِلغُرَماءِ (٢) والرَّاهِنِ لِلمُرتهنِ في المرهونِ والمريضِ لِلورَثةِ في ثُلثَيْ مالِه (٣) والعبدِ لِسَيِّدِه والمُكاتبِ لِسَيِّدِه ولِلَّه - تعالى ، والمُرتدِّ لِلمُسلِمينَ ، ولها أبوابٌ تقدَّمَ بعضُها ، وبعضُها يأتي .

ونوعٌ شُرِعَ لِمَصْلَحةِ المحجورِ عليه وهو ثَلاثةٌ حَجرُ الجُنونِ (٤) والصِّبا والسَّفه ، وكُلٌّ منها / أعَمُّ مِمَّا بعدَه وقد ذكرَها بقولِه **(والمحجورُ عليهم لِمَصْلَحتِهم ثَلاثةٌ المجنونُ** ٢٠٦/٢ **والصَّبيُّ والسَّفيه وينقَطِعُ حَجْرُ الجُنونِ)** الثابت بمُجَرَّدِ الجُنونِ **(بالإفاقةِ)** منه بغيرِ فكٍّ ، وألحَقَ القاضي بالمجنونِ النائمَ والأخرَسَ الذي لا يفهَمُ (٥) قال الأذرَعيُّ :

---

(١) (قوله : ﴿وابتلوا اليتامَى حتى إذا بَلَغوا النِّكاحَ﴾ نَبَّهَ على الحجرِ بالابتلاءِ وكَنَّى عن البُلوغِ بالنِّكاحِ .

(٢) (قوله : كالحجرِ على المُفْلِسِ لِلغُرَماءِ إلخ) قد أنهاه بعضُهم إلى نحوِ سَبعينَ صورةً بل قال الأذرَعيُّ : هذا بابٌ واسِعٌ لا تنحَصِرُ إفرادُ مَسائِلِه .

(٣) (قوله : والمريضُ المورَثُ في ثُلُثَيْ مالِه) حيثُ لا دَينَ ، وفي جَميعِها إن كان عليه دَينٌ مُستغرِقٌ كذا قاله ابنُ المُلَقِّنِ والأذرَعيُّ والزَّركَشيُّ كالقموليِّ لكن في الشرحِ والرَّوضَةِ في الوصايا أنَّ المريضَ لو وفَّى دَيْنَ بعضِ الغُرَماءِ لَم يُزاحِمه غيرُه إنْ وفَّى المالُ بجَميعِ الدُّيونِ وكذا إن لَم يوفِ على المشهورِ .

(٤) (قوله : حَجْرُ الجُنونِ) وبه تُسلَبُ الولاياتُ الثابتةُ بالشرعِ كوِلايةِ النِّكاحِ أو بالتفويضِ كالإيصاءِ والقضاءِ ، لأنَّه إذا لَم يُدَبِّر أمرَ نفسِه فغيرُه أولى ، واعتبارُ الأقوالِ له ، وعليه سَواءٌ تعلَّقَتْ بالدِّينِ كالإسلامِ أم بالدُّنيا كالمعامَلاتِ لِعَدَمِ قَصْدِه ، وأمَّا أفعالُه فمنها ما هو مُعتبَرٌ كإحبالِه وإتلافِه مالَ الغيْرِ وتقريرِ المهرِ بوطئِه وترتُّبِ الحُكْمِ على إرضاعِه ، وعَمدُه عَمدٌ على الصَّحيحِ ومنها ما هو غيرُ مُعتبَرٍ كالصَّدَقةِ ، ولو أحرَمَ ثم أتلَفَ صيدًا لَم يلزَمه الجزاءُ ، والصَّبيُّ كالمجنونِ في الأقوالِ والأفعالِ إلا أنَّ الصَّبيَّ يُعتبَرُ قولُه في الإذنِ في الدُّخولِ وإيصالِ الهَديَّةِ ، وله إزالَةُ المُنكَرِ ويُثابُ عليه كالبالِغِ .

(٥) (قوله : والأخرَسُ الذي لا يفهَمُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

وفيه نَظَرٌ ؛ إذ لا يتخيَّلُ أحدٌ أنَّ النائم (١) يتصرَّفُ عليه وليُّه ، وأمَّا الأخرَسُ المذكورُ فإنَّه لا يعقِلُ وإنِ احتجَّ إلى إقامَةِ أحدٍ مَقامِه فينبغي أن يكونَ هو الحاكِمَ ، وفي نُسخَةٍ قبلَ قولِه : وينقَطِعُ .

فصل : (ومَن له أدنَى تمييزٍ فكالصَّبيِّ المُمَيِّزِ) (٢) في الحجرِ عليه في التصرُّفات الماليَّةِ (وينقَطِعُ الحجرُ عن الصَّبيِّ بالبُلوغِ رَشيدًا) (٣) بغيرِ فكٍّ لآيةِ ﴿وابتلوا اليتامَى﴾ [النساء : ٦] ومنهم مَن قال بالبُلوغِ قال في الأصلِ : وليس هذا اختلافًا مُحَقَّقًا بل مَن قال بالأوَّلِ أرادَ الإطلاقَ الكُلِّيَّ ، ومَن قال بالثاني أرادَ حَجرَ الصِّبا وهذا أولى ؛ لأنَّ الصِّبا سَبَبٌ مُستقِلٌّ بالحجرِ ، وكذا التبذيرُ ، وأحكامُهما مُتغايِرَةٌ، ومَن بَلَغَ مُبَذِّرًا فحُكمُ تصَرُّفِه حُكمُ تصَرُّفِ السَّفيه لا حُكمُ تصَرُّفِ الصَّبيِّ انتهى (والبُلوغُ) يحْصُلُ إمَّا (باستكمالِ خَمسَ عشرَة سَنَةً قَمريَّةً) تحْديديَّةً (٤) لِخَبَرِ ابنِ عُمَرَ «عُرِضت على النبيِّ ﷺ يومَ أُحُد (٥) وأنا ابنُ أربَعَ عشرَةَ سَنَةً (٦) فلم يُجزني ولم يرَني بَلَغت وعُرِضت عليه يومَ الخندَقِ وأنا ابنُ خَمسَ عشرَةَ سَنَةً فأجازَني ورآني بَلَغت» رواه ابنُ حِبَّانَ وأصلُه في الصَّحيحينِ (٧) وابتداؤُها من انفِصالِ جَميعِ الوَلَدِ

---

(١) (قوله : قال الأذرَعيُّ : وفيه نَظَرٌ إذ لا يتخَيَّلُ أحدٌ أنَّ النائمَ إلخ) مَعنَى كلامِ القاضي : أنَّ النائمَ لا يصِحُّ تصرُّفُه وأنَّ الأخرَسَ المذكورَ لا يصِحُّ تصَرُّفُه وأنَّ وليَّه وليُّه في الصِّغَرِ وقال في الرَّوضَةِ كأصلِها في كِتاب الصَّيدِ والذَّبائحِ : الأخرَسُ إن كان له إشارَةٌ مَفهومَةٌ حَلَّتْ ذَبيحَتُه وإلا فكالمجنونِ ذكرَه في التهذيب وكذا سائِرُ تصرُّفاته على هذا القِياسِ .

(٢) (قوله : ومَن له أدنَى تمييزٍ فكالصَّبيِّ المُمَيِّزِ) اعترَضَه السُّبكيُّ بأنَّه إن زالَ عَقلُه فمَجنونٌ ، وإلا فهو مُكلَّفٌ ، وتصرُّفاتُه صحيحةٌ ، فإن بَذَرَ فسَفيهٌ ، وتبعَه الأذرَعيُّ .

(٣) (قوله : وينقَطِعُ الحجرُ عن الصَّبيِّ بالبُلوغِ رَشيدًا بغيرِ فكٍّ) وإن كان وليُّه الحاكِمَ .

(٤) (قوله : تحْديديَّةً) حتى لو نَقَصَتْ يومًا لَم يُحكم ببلوغِه .

(٥) (قوله : لِخَبَرِ «ابنِ عُمَرَ عُرِضت على النبيِّ ﷺ يومَ أُحُدٍ» إلخ) قال القموليُّ قال الشافِعيُّ «رَدَّ النبيُّ ﷺ سَبعَةَ عَشَرَ صحابيًا ، وهم أبناءُ أربَعَ عشرَةَ سَنَةً ، لأنَّه لَم يرَهم بَلَغوا ، وعُرِضوا عليه وهم أبناءُ خَمسَ عشرَةَ سَنَةً فأجازَهم منهم زَيْدُ بنُ ثابتٍ ورافِعُ بنُ خَديجٍ وابنُ عُمَرَ» .

(٦) (قوله : وأنا ابنُ أربَعَ عَشرَةَ سَنَةً) المُرادُ بقولِ ابنِ عُمَرَ : وأنا ابنُ أربَعَ عشرَةَ سَنَةً أي طَعَنت فيها ، وبقولِه : وأنا ابنُ خَمسَ عَشرَةَ أي استكمَلتها ؛ لأنَّ غَزوةَ أُحُدٍ كانت في شَوَّالِ سَنَةَ ثَلاثٍ والخندَقِ كانت في جُمادَى سَنَةَ خَمسٍ .

(٧) أصله في البخاري ، كتاب المغازي ، باب غزوة الخندق ، حديث٤٠٩٧) ، ومسلم ، كتاب الإمارة ، باب بيان سنّ البلوغ ، حديث (١٨٦٨) .

(أو بخُروجِ المنيّ لإمكانِه) (١) أي لِوقت إمكانِه لقوله تعالى ﴿وإذا بَلَغَ الأطفالُ منكمُ الحُلُمَ فليستأذنوا﴾ [النور : ٥٩] ولِخَبَرِ «رُفِعَ القلمُ عن ثلاثٍ عن الصَّبيّ حَتَّى يحتلِمَ» (٢) والحُلُمُ الاحتلامُ وهو لُغَةً ما يراه النائمُ تقولُ منه حَلَمَ بالفتحِ واحتلَمَ وتقولُ حَلَمت بكذا وحَلَمته أيضًا قاله الجوهَريُّ والمرادُ به هنا خُروجُ المنيّ في نومٍ أو يقظَةٍ بجماعٍ أو غيرِه .

(وأقلُّه) أي وقت إمكانِه (تسعُ سِنينَ) (٣) قَمَرِيَّةً أي استكمالُها بالاستقراءِ والظَّاهرُ أنَّها تقريبٌ كما في الحيْضِ (٤) ولو ادَّعَى البُلوغَ به أو ادَّعَت الصَّبيَّةُ البُلوغَ بالحيْضِ صُدِّقا بلا يمينٍ ، ولو في خُصومَةٍ ؛ لأنَّه لا يُعرَفُ إلا من جِهَتِهما (٥) ولأنَّهما إنْ صُدِّقا فلا تَحليف وإنْ كُذِّبا فكيف يحلِفانِ ، واعتقادُ المُكذِّب أنَّهما صَغيرانِ نَعَم إنْ كان من الغُزاةِ وطَلَبَ سَهْمَ المُقاتلَةِ ، أو إثباتَ اسمِه في الدّيوانِ حَلَفَ عندَ التُّهمَةِ كما سَيأتي في السِّيَرِ (وإنباتُ شَعرِ العانَةِ الخشِنِ) (٦) الذي

---

(١) (قوله : أو بخُروجِ المنيّ لإمكانِه) كلامُ المُصنِّفِ يقتضي تحقُّقَ خُروجِ المنيّ ، فلو أتت زَوجةُ الصَّبيّ بولَدٍ يلحَقُه لا يحكُمُ ببلوغِه به وهو المنصوصُ نَقَله الرَّافِعِيُّ في باب اللّعانِ عن الأصحاب ؛ لأنَّ الولَدَ يلحَقُ بالإمكانِ والبُلوغُ لا يكونُ إلا بتحقُّقِه وحَكَى الجوريُّ في المسألَتيْنِ قولَيْنِ أحدُهما هذا ، والثاني يكونُ بالِغًا وأجراهما في أنَّه هل يستقِرُّ به كُلُّ المهرِ ، أو لا وقولُه ونَقَله الرَّافِعِيُّ في باب اللّعانِ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) رواه أبو داود (١٤٠/٤) كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا ، حديث (٤٣٩٩) . ورواه الترمذي (٣٢/٤) كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد ، حديث (١٤٢٣) .

(٣) (قوله : وأقلُّه تسعُ سِنينَ) وابتداؤُها من خُروجِ الولَدِ ، وسَواءٌ الذَّكَرُ والأُنثَى على المذهَبِ وقِيلَ في الذَّكَرِ : نِصفُ العاشِرَةِ وقِيلَ تمامُها وقِيلَ في الأُنثَى بأوَّلِ التاسِعَةِ وقِيلَ نِصفُها ، وقال النوويُّ في دَقائِقِه : إنَّ هذه العِبارَةَ تتناولُ مَنِيَّ الذَّكَرِ والأُنثَى ، وهو المذهَبُ ، وقِيلَ منها كَحيضِها ، وما ضعَّفه هو الذي حَكاه في مَجموعِه عن الأصحاب .

(٤) (قوله : والظَّاهرُ أنَّها تقريبٌ كما في الحيْضِ) قال شيخُنا : الأصحُّ هنا أنَّها تحديدٌ .

(٥) (قوله : لأنَّه لا يُعرَفُ إلا من جهتهما) فأشبه ما لو علَّقَ العِتقَ بمَشيئَةِ غيرِه فقال : شِئت يُصَدَّقُ بلا يمينٍ .

(٦) (قوله : وإنباتُ شَعرِ العانَةِ) يقتضي أنَّ العانَةَ هي المنبَتُ لا النابتُ ، وفيه خلافٌ لأهلِ اللُّغَةِ قال المُطَرِّزيُّ : هي الشعرُ النابتُ فوقَ الفرجِ ، وقِيلَ هي المنبَتُ ، وإنَّما اسمُ النابت الشِّعرَةُ بالكَسرِ ، قال وهو الصَّوابُ عن الأزهَريِّ .

يحتاجُ في إزالَته إلى حَلقٍ (دَليلٌ) لِلبُلوغِ (في حَقِّ الكُفَّارِ) ومَن جُهِلَ إسلامُه (١) «لِخَبَرِ عَطِيَّةَ القُرَظِيِّ قال كُنت من سَبيِ بَني قُرَيظَةَ فكانوا ينظُرونَ مَن أنبت الشعرَ قُتلَ ومَن لم يُنبت لم يُقتل وكَشَفوا عانَتي فوجَدوها لم تُنبت فجَعَلوني في السَّبيِ» رواه ابنُ حِبَّانَ والحاكِمُ والتِّرمِذيُّ وقال حَسَنٌ صحيحٌ (٢) وأفادَ كلامُ المُصَنِّفِ أنَّ ذلك ليس بُلوغًا حَقِيقَةً بل دَليلٌ له ولِهذا لو لم يحتلِم وشَهِدَ عَدلانِ بأنَّ عُمرَه دونَ خَمسَ عَشرَةَ سَنَةً لم يحكُم ببُلوغِه بالإنبات قاله الماورديُّ وقَضيَّتُه أنّه دَليلٌ لِلبُلوغِ بالسِّنِّ وحَكَى ابنُ الرِّفعَةِ فيه وجهَينِ أحدُهما هذا وثانيهما أنَّه دَليلٌ لِلبُلوغِ بالاحتلامِ قال
٢/٢٠٧ الإسنَويُّ (٣) ويتَّجه أنّه دَليلٌ لِلبُلوغِ / بأحدِهما (٤) .

وإنَّما يكونُ دَليلا في حَقِّ الخُنثَى إذا كان على فرجَيه قاله الماورديُّ (٥) (لا) في حَقِّ (المُسلِمينَ) لِسُهولَةِ مُراجَعَةِ آبائِهم وأقرِبائِهم من المُسلِمينَ بخلافِ الكُفَّارِ ولأنَّهم مُتَّهمونَ في الإنبات فرُبَّما تعجَّله بدَواءٍ دَفعًا لِلحَجرِ وتشَوُّفًا لِلولايات بخلافِ الكُفَّارِ فإنَّه يُفضي بهم إلى القتلِ أو ضَرب الجِزيةِ وهذا جَرَى على الأصلِ والغالِب ، وإلا فالأُنثَى والخُنثَى والطِّفلُ الذي تعَذَّرَتْ مُراجَعَةُ أقاربه المُسلِمينَ لِموتٍ أو غيرِه حُكمُهم كذلك ووقتُ إمكانِ إنبات العانَةِ وقتُ إمكانِ الاحتلامِ (٦) (لا) إنباتُ (شَعرِ الإبطِ واللِّحيةِ) فليس دَليلا لِلبُلوغِ (لِنُدورِهما دونَ خَمسَ عَشرَةَ) سَنَةً ، ولأنَّ

---

(١) (قوله : ومَن جُهِلَ إسلامُه) قاله في الوسيطِ في باب الإقرارِ (منه) .
(٢) رواه ابن حبان (١١/١٠٤) حديث (٤٧٨١) ، والحاكم في المستدرك (٤/٤٣٠) حديث (٨١٧٣) ، والترمذي (٤/١٤٥) كتاب السير ، باب ما جاء في النزول على الحكم ، حديث (١٥٨٤) ، ورواه أيضًا أبو داود (٤/١٤١) حديث (٤٤٠٤) ، والنسائي (٦/١٥٥) حديث (٤٩٨١) .
(٣) (قوله : قال الإسنَويُّ) أي كالسُّبكيِّ .
(٤) (قوله : ويتَّجه أنّه دَليلٌ لِلبُلوغِ بأحدِهما) هو الظَّاهرُ وقال السُّبكيُّ : إنَّه الذي يظهَرُ وتظهَرُ فائِدَةُ الخلافِ أيضًا فيما لو أنبَت الكافِرُ ، وقال : استعجَلته بالدَّواءِ فإنْ قُلنا : إنَّه بُلوغٌ لَم يُسمَع قولُه ، وإن قُلنا : دَليلٌ حَلَفَ ولَم يحكَمْ ببُلوغِه هذا في ولَدِ الحربيِّ إذا سُبي وأُريدَ قَتلُه فادَّعَى ذلك فإنْ كان ولَدُ ذمِّيٍّ وطولِبَ بالجِزيةِ فادَّعَى مِثلَ ذلك ففي التتمَّةِ أنَّه لا يُسمَعُ منه كذا نَقَله في المطلَب ونَقَله في الكِفايةِ عن العبَّاديِّ وأقرَّه .
(٥) (قوله : قاله الماورديُّ) أشارَ إلى تصحيحِه .
(٦) (قوله : ووقتُ إمكانِ إنبات العانَةِ وقتُ إمكانِ الاحتلامِ) ذكرَه الرَّافِعِيُّ وأسقَطَه من الرَّوضَةِ .

إنباتهما لو دَلَّ على البُلوغِ لَمَا كَشَفوا العانَةَ في وقعَةِ بَني قُرَيْظَةَ لِما فيه من كَشفِ العورَةِ مع الاستغناءِ عنه والترجيحُ فيهما مع التعليلِ بما قاله من زيادَته وفي مَعناهما الشارِبُ وثِقَلُ الصَّوت ونُهودُ الثـدي ونُتوُّ طَرَفِ الحُلقومِ وانفِراقُ الأرنَبةِ وغيرُها (ويجوزُ النظَرُ إلى العانَةِ لِلشَّهادَةِ) بها عندَ الحاجةِ إلى مَعرِفةِ البُلوغِ بها لِلضَّرورَةِ (وتزيدُ المرأةُ) على ما ذُكِرَ من السِّنِّ وخُروجِ المنيِّ ونَبات العانَةِ (بالحيضِ) [١] لِوقت إمكانِه بالإجماعِ [٢] (وبالوِلادَةِ) ، لأنَّها مَسبوقَةٌ بالإنزالِ [٣] ، وعَبَّرَ الأصلُ بالحبَلِ [٤] ، وكُلٌّ منهما ليس بُلوغًا ، وإنَّما البُلوغُ بالإنزالِ ، والوِلادَةُ المسبوقَةُ بالحبَلِ دَليلٌ عليه ولِهذا قال (: ويحْكَمُ بالبُلوغِ قبلها بسِتَّةِ أشهرٍ [٥] وشيءٍ فلو أتت المُطَلَّقَةُ بولَدٍ يلحَقُ الزَّوجَ حَكمنا بالبُلوغِ) لها (قبلَ الطَّلاقِ) .

(فرعٌ : لو أمنَى الخُنثَى من ذكرِه وحاضَ من فرجِه حَكمنا ببُلوغِه) ، لأنَّه ذكرٌ أمنَى أو أُنثَى حاضَتْ (لا إنْ وُجِدَ) أحدُهما أو كِلاهما (من أحدِهما) أي أحدِ الفرجَيْنِ فلا يُحكَمُ ببُلوغِه لِجَوازِ أنْ يظهَرَ من الآخَرِ ما يُعارِضُه قاله الجُمهورُ وقال الإمامُ : ينبغي الحُكمُ ببُلوغِه بأحدِهما كما يحْكُمُ بالاتِّضاحِ به ثم يُغَيَّرُ إنْ ظهَرَ خلافُه قال في الأصلِ : وهو الحقُّ [٦] وقال المُتولِّي : إنْ وقَعَ ذلك مَرَّةً لم يُحكم ببُلوغِه ،

---

(١) (قوله : وتزيدُ المرأة بالحيضِ) لو استعمَلَت المرأةُ دَواءً حتى حاضَتْ كان ذلك بُلوغًا على الأصحِّ قِياسًا على ما ذكرَه الرَّافِعِيُّ والنوويُّ في كِتاب الصَّلاةِ أنَّها لو شَرِبَتْ دَواءً حتى حاضَتْ لَم يجِب القضاءُ .

(٢) (قوله : بالإجماعِ) واحتجَّ له أيضًا بخَبَرِ أبي داوُد «أنَّه ﷺ قال لأسماءِ بنت أبي بَكرٍ : إنَّ المرأةَ إذا بَلَغَت المحيضَ لا يصلُحُ أنْ يُرَى منها إلا هذا وهذا وأشارَ إلى الوجه والكَفَّيْنِ» فعَلَّقَ وُجوبَ السَّتْرِ بالمحيضِ وذلك نوعُ تكليفٍ س .

(٣) (قوله : لأنَّها مَسبوقَةٌ بالإنزالِ) ولأنَّ العادَةَ أنَّها لا تحبَلُ إلا بعدَ حيضٍ .

(٤) (قوله : وعَبَّرَ الأصلُ بالحبَلِ إلخ) في كونِ الحبَلِ بُلوغًا حَقيقَةً أو دَليلا عليه خلافٌ ، ونَقَلَ الأذْرَعِيُّ والزَّرْكَشِيُّ عن الماورديِّ أنَّ مَنْ قال بالأوَّلِ فقد وهَمَ ، وعِبارَةُ الرَّافِعِيِّ تُفْهِمُ الثاني ، قال شيخُنا : هو المذهَبُ .

(٥) (قوله : ويُحْكَمُ بالبُلوغِ قبلها بسِتَّةِ أشهرٍ وشيءٍ) أي لَحظَةٍ .

(٦) (قولُه قال في الأصلِ وهو الحقُّ) قال الأذْرَعِيُّ تغييرُ الحُكْمِ فيما يُمكِنُ من الأقوالِ والأفعالِ التي تبقَى معها الحياةُ ظاهرٌ ، لكن إذا حَكمنا بالبُلوغِ رَتَّبنا عليه آثارَه من القتلِ قَوَدًا ورِدَّةً وغيرَهما مع بَقاءِ الشكِّ في البُلوغِ ، وفيه بُعدٌ ، وفرَّقَ ابنُ الرِّفْعَةِ بين الحُكْمِ بالبُلوغِ بذلك وبين حُكْمِنا بالذُّكورَةِ والأُنوثَةِ به فقال : لا نحكُمُ بالبُلوغِ بذلك ، وإنْ حَكمنا بالذُّكورَةِ ....=

وإنْ تكـرَّرَ حَكمنا به قال النوويُّ : وهو حَسَنٌ غَريبٌ انتهَى ، فإنْ قُلت : لا مُنافاةَ بين الحيْضِ وخُروجِ المنيِّ من الذَّكرِ لِما مَرَّ أنَّه يجِبُ الغُسلُ بخُروجِ المنيِّ من غيرِ طَريقِه المُعتادِ ، قُلت : ذاكَ مَحَلُّه مع انسِدادِ الأصليِّ وهو مُنتفٍ هنا

(فرعٌ الرُّشدُ إصْلاحُ الدِّينِ والمالِ حتى مِـن الكافِرِ) كما فُسِّرَ به آيةُ ﴿فإنْ آنَستُم منهم رُشدًا﴾ [النساء : ٦] [١] (ويُعتبَرُ) في رُشدِ الكافِرِ (دينُه) ثم بَيَّنَ إصْلاحَ الدِّينِ بقولِه (فلا يرتكِبُ مُحَرَّمًا يُسقِطُ العدالَةَ) من كَبيرَةٍ أو إصْرارٍ على صَغيرَةٍ [٢]، وإصْلاحَ المالِ بقولِه (ولا يُضَيِّعُ المالَ) بإلقائِه في بَحْرٍ أو بصَرفِه في مُحَرَّمٍ أو (باحتمالِ الغبنِ الفاحِشِ) في المُعامَلَةِ ونحوِها وهو ما لا يُحتمَلُ غالِبًا كما سَيأتي في الوكالَةِ بخلافِ اليسيرِ كَبيْعِ ما يُساوي عَشَرَةً بتسعَةٍ (وليس صَرفُه في الخيْرِ) كالصَّدَقَةِ والعِتقِ (تبذيرًا) ، لأنَّ فيه غَرَضًا وهو الثوابُ ، ولا سَرَفَ في الخيْرِ كما لا خَيْرَ في السَّرَفِ (ولا) صَرفُه (في الثِّيابِ والأطعِمَةِ النفيسَةِ) وإن لم تلقَ بحالِه (وشِراءِ الجواري والاستمتاعِ بهنَّ) ، لأنَّ المالَ يُتَّخَذُ ليُنتفعَ ويُلتذَّ به ، وقَضيَّتُه أنَّه ليس بحَرامٍ نَعَم إنْ صَرَفه في ذلك بطَريقِ الاقتراضِ له [٣] فحَرامٌ كما مَرَّ في قَسْمِ الصَّدَقات .

(فرعٌ : لا بُدَّ من الاختبارِ) لِرُشدِ الصَّبيِّ في المالِ [٤] ليُعرفَ رُشدُه وعَدَمُ رُشدِه (فليُختبَرْ ولَدُ التاجِرِ في المُماكَسَةِ) في البيعِ والشِّراءِ بأنْ ينقُصَ عَمَّا طَلَبَه

= والأُنوثةِ به ، لأنَّ احتمالَ ذُكورَتـه مُساوٍ لاحتمالِ أُنوثتـه فإذا ظَهَرَت صورَةُ مَنيٍّ أو حيضٍ في وقت إمكانِه غَلَبَ على الظَّنِّ الذُّكورَةُ أو الأُنوثةُ فتعَيَّنَ العمَلُ به مع أنَّه لا غايةَ بعدَه مُحَقَّقَةٌ تُنتظَرُ ، ولا نحكُمُ بالبُلوغ ، لأنَّ الأصلَ الصِّبا فلا نُبطِلُه بما يجوزُ أنْ يظهَرَ بعدَه ما يقدَحُ في ترَتُّبِ الحُكمِ عليه مع أنَّ لَنا غايةً تُنتظَرُ ، وهي استكمالُ خَمسَ عَشرَةَ سَنَةً .

(١) (قوله : كما فُسِّرَ به آيةَ ﴿فإنْ آنَستُم منهم رُشدًا﴾ ، لأنَّه نَكِرَةٌ في سياقِ الشرطِ وهي لِلعُمومِ .

(٢) (قوله : أو إصْرارٌ على صَغيرَةٍ) أي ولَم تغلِب طاعاتُه .

(٣) (قوله : نَعَم إنْ صَرَفه في ذلك بطَريقِ الاقتراضِ له) أي وهو لا يرجو وفاءَه من سَبَبٍ ظاهِرٍ بل من الزَّكاةِ .

(٤) (قوله : لا بُدَّ من الاختبارِ لِرُشدِ الصَّبيِّ في المالِ إلخ) أمَّا في الدِّينِ فبمُشاهَدَةِ حالِه في العِبادات بقِيامِه بالواجبات واجتنابه المحظورات (قولُه أي فيما يتعَلَّقُ بهما من حِفظٍ وغيرِه) قال الأذرَعيُّ أي في بَيْتِها إن كانت مُخَدَّرَةً ، وإن كانت بَرزَةً ففي بَيْعِ الغزلِ وشِراءِ القُطْنِ ، أمَّا بَناتُ المُلوكِ ونحوِهم فلا يُختبَرونَ بالغزلِ والقُطنِ بل بما يعمَلُه أمثالُها قاله السُّبكيُّ ، وقولُه قال الأذرَعيُّ أي في بَيْتِها إلخ أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه قاله السُّبكيُّ .

مُعامِلِه أو بزيادَةٍ عليه **(وولَدُ الزُّرَّاعِ)** وفي نُسخَةِ الزَّارِعِ **(في الإنفاقِ على القوَّامِ بها)** / وهم الذينَ أُستُؤجِروا على القِيامِ بمَصالِحِ الزَّرعِ كالحرثِ والحصْدِ والحِفْظِ ٢٠٨/٢ **(والمرأةُ في القُطْنِ والغزلِ)** أي فيما يتعلَّقُ بهما من حِفظٍ أو غيرِه **(وصَوْنِ الأطعِمَةِ عن الهِرَّةِ والفأرَةِ)** ونحوِهما ، **(وحِفظُ مَتاعِ البيت)** وولَدُ الأميرِ ونحوِه في الإنفاقِ مُدَّةً في خُبزٍ وماءٍ ولَحْمٍ ونحوِها وكُلُّ ذلك على العادَةِ في مِثلِه **(مَرَّاتٍ)** يعني مَرَّتيْنِ فأكثرَ فلا يكفي مَرَّةً ، لأنَّه قد يُصيبُ فيها اتِّفاقًا **(وكُلٌّ)** من المذكورينَ وغيرِهم يُختبَرُ **(بما يليقُ به)** [١] لو قَدَّمَ هذا كأصلِه على قولِه فليُختبَرْ كان أولى **(حتى)** وفي نُسخَةٍ بحيثُ **(يغلِبُ على الظَّنِّ بالرُّشدِ وذلك)** أي الاختبارُ **(قبلَ البُلوغ)** [٢] لآيةِ : ﴿وابتلوا اليتامَى﴾ [النساء : ٦] واليتيمُ إنَّما يقَعُ على غيرِ البالِغِ ولأنَّه لو كان بعدَه لأدَّى إلى أنْ يُحجَرَ على البالِغِ الرَّشيدِ إلى أنْ يُختبَرَ وهو باطِلٌ **(ويُسَلَّمُ إليه المالَ ليُماكِسَ لا ليعقِدَ)** ، لأنَّه لا يصِحُّ عَقدُه فإذا أرادَ العقدَ عَقَدَ الوليُّ **(فإنْ تلِفَ)** المالُ **(في يدِه لم يضمَنْه الوليُّ)** ، لأنَّه مَأمورٌ بالتسليمِ إليه .

(فصْلٌ) وفي نُسخَةٍ «فرعٌ» **(لو بَلَغَ)** الصَّبيُّ **(مُصْلِحًا لمالِه لا دَينِه)** أو عَكسُه أو غيرَ مُصْلِحٍ لِواحِدٍ منهما كما فُهِما بالأولى **(لَم ينفكَّ حَجْرُه)** [٣] بل يُستدامُ ويتصَرَّفُ في مالِه مَنْ كان يتصَرَّفُ فيه قبلَ بُلوغِه لِلمَعنَى الذي حُجِرَ لأجلِه ولِمَفهومِ آيةِ ﴿فإنْ آنَستُم منهم رُشدًا﴾ [النساء : ٦] والإيناسُ هو العِلمُ ، والمُرادُ بالحجرِ الجِنْسُ

---

(١) (قولُه : وكُلٌّ بما يليقُ به) ويُختبَرُ الخُنثَى بما يُختبَرُ به الذَّكَرُ والأُنثَى وتختبرُ المرأةُ النِّساءَ والمحارِمَ كما نَقَلَه ابنُ كَجٍّ عن نَصِّ المُختصَرِ والبويطيِّ ثم قال : فقِيلَ : لا بُدَّ من الجمعِ بينهما ، وقِيلَ : يكفي أمَّا النِّساءُ الثِّقاتُ أو المحارِمُ أيُّهما كان أجزأ ، وظاهرُ النصِّ المذكورِ أنَّه لا تُقبَلُ شَهادَةُ الأجانِبِ لها بالرُّشدِ ، وأفتى به ابنُ خَلِّكان وخالَفه الشيخُ تاجُ الدِّينِ الفزاريّ ، وقال : إنَّما تعَرَّضَ الشافِعِيُّ لِلطَّريقِ الغالِبِ في الاختبارِ دونَ الشهادَةِ ، والمُحترِفُ بما يتعَلَّقُ بحِرفته أي حِرفةِ أبيه وأقاربِه ، كما قاله في الكافي وقولُه كما نَقَلَه ابنُ كَجٍّ عن نَصِّ المُختصَرِ والبويطيّ أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه وقِيلَ يكفي أمَّا النِّساءُ إلخ وكذا قولُه وخالَفه الشيخُ تاجُ الدِّينِ الفزاريّ .

(٢) (قولُه : وذلك قبلَ البُلوغِ) المُرادُ بالقبليَّةِ الزَّمَنُ القريبُ لِلبُلوغِ بحيثُ يظْهَرُ رُشدُه ليُسَلَّمَ إليه المالَ أشارَ إليه الإمامُ عن الأصحاب .

(٣) (قولُه : لَم ينفكَّ حَجْرُه) بل يُستدام ، لأنَّ اللهَ عَلَّقَ دَفعَ المالِ إليه بالبُلوغِ وإيناسِ الرُّشدِ فكما لا يرتفِعُ الحجرُ إذا رَشَدَ قبلَ البُلوغِ لا يرتفِعُ إذا بَلَغَ قبلَ الرُّشدِ ، ولأنَّ الحجرَ إنَّما ثَبَت لِلحاجةِ إلى حِفظِ المالِ ، وهي باقِيةٌ .

لا حَجْرُ الصَّبيِّ لانقطاعِه بالبُلوغِ على ما مَرَّ ، ويُسَمَّى مَنْ بَلَغَ كذلك بالسَّفيه المُهْمَلِ (١) ، وهو مَحْجورٌ عليه شرعًا وإنْ لم يُحْجَر عليه حِسًّا .

(فلو أصلَحَهما) مَنْ بَلَغَ بأنْ بَلَغَ مُصْلِحًا لهما أو غيرَ مُصْلِحٍ ثم صارَ مُصْلِحًا لهما **(انفكَّ)** حَجْرُه ودَفَعَ إليه مالَه ، ولو امرأةً **(بلا حاكِمٍ)** (٢) لِلآيةِ ، ولأنَّه لم يَثْبُتْ به كَحَجْرِ الجُنونِ ، نَعَم إنْ أنكرَ وليُّه دَعواه أنَّه بَلَغَ رَشيدًا لم ينفكَّ الحجْرُ عنه (٣) ، ولا يَحْلِفُ الوليُّ كالقاضي والوصيِّ والقيِّمِ بجامعِ أنَّ كُلًّا أمينٌ ادَّعَى انعِزالَه ، ولأنَّ الرُّشدَ يوقَفُ عليه بالاختبارِ فلا يَثْبُتُ بقولِه ، وإنْ آخَذْناه بإقرارِه به في رَفْعِ وِلايته ، قال الأذْرَعيُّ : ولأنَّ الأصلَ يُعَضِّدُ قولَه بل الظَّاهرُ أيضًا ، لأنَّ الغالِبَ في قَريبي العهْدِ بالبُلوغِ عَدَمُ الرُّشدِ ، فالقولُ قولُه في دَوامِ الحجْرِ إلا أنْ تقومَ بَيِّنَةٌ (٤) بالرُّشدِ .

---

(١) (قوله : ويُسَمَّى مَنْ بَلَغَ كذلك بالسَّفيه المُهْمَلِ) المشهورُ إطلاقُ هذا الاسمِ على مَنْ ذَرَّ بعدَ رُشدِه ولَم يُحْجَر عليه .

(٢) (قوله : فلو أصلَحَهما انفكَّ بلا حاكِمٍ) شَمِلَ ما إذا كان وليُّه الحاكِمَ .

(٣) (قوله : نَعَم إنْ أنكرَ وليُّه دَعواه أنَّه بَلَغَ رَشيدًا لَم ينفكَّ الحجْرُ عنه) حَكَى في التوشيحِ عن والِدِه أنَّه أفتى في يتيمٍ غائبٍ عَلِمَ وليُّه أنَّه بَلَغَ ولَم يعلَم هل بَلَغَ رَشيدًا بأنَّه لا يجوزُ له التصرُّفُ في مالِه ، وله إخراجُ زَكاته استصحابًا لِحُكْمِ الحجْرِ ، واحتجَّ بقولِ الأصحاب إذا أجَّرَ الوليُّ الصَّبيَّ مُدَّةً يبلُغُ فيها بالسِّنِّ لَم يصِحَّ فيما زادَ على البُلوغِ قال : فهذا يدُلُّ على أنَّهم لا يكْتفونَ في العُقودِ بالأصلِ ا هـ وما أفتى به ممنوعٌ ، ولا حُجَّةَ له في المسألَةِ التي استُشْهِدَ بها ؛ لأنَّ صورَتَها في بُلوغِه رَشيدًا كما سَيأتي وقد قال القفَّالُ في الفتاوى : ولو باعَ مالَ مُراهِقٍ فأقامَ بَيِّنَةً على إقرارِه بالبُلوغِ قبلَ بَيْعِ القيِّمِ لَم يبطُل البيعُ ؛ لأنَّ نفسَ البُلوغِ لا تزولُ به الوِلايةُ ، وقال الزَّرْكَشيُّ : لا تَمنَعُ الوليَّ من التصَرُّفِ قِياسًا على الوكيلِ يتصَرَّفُ مع احتمالِ أنَّ موكِّله عَزَلَه نَعَم إنْ ظَهَرَ رُشدُه كان كَتصَرُّفِ وكيلٍ ظَهَرَ عَزْلُه .

(٤) (قوله : إلا أنْ تقومَ بَيِّنَةٌ بالرُّشدِ) إذا قامَتْ بَيِّنَةٌ بالسَّفه وبَيِّنَةٌ بالرُّشدِ أجابَ ابنُ عُجَيْلٍ بأنَّه تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ السَّفه كالبيِّنَةِ الخارِجةِ ، وأجابَ أحمَدُ بنُ حَسَنٍ الجِلِّيُّ بأنَّهما إنْ أُطلِقَتا أو أُرِّخَتا بتاريخٍ مُختلِفٍ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الرُّشدِ وإنْ أُرِّخَتا بتاريخٍ واحدٍ عندَ تصَرُّفِه قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ السَّفه قال : وعَرَضْت هذا على ابنِ عُجَيْلٍ فقال : حتى أنظُرَ فيه وفي فتاوى ابنِ الصَّلاح أنَّهما إنْ أُطلِقَتا قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الرُّشدِ وذكرَ في باب الدَّعاوى أنَّ بَيِّنَةَ السَّفه مُقَدَّمَةٌ إذا شَهِدَتْ بأنَّ سَفَهَه مُقارِنٌ لِلعَقدِ كالخارِجةِ ، وإنْ قالَتْ : غيرُ رَشيدٍ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الرُّشدِ ا هـ لَعَلَّه فيمَنْ جُهِلَ حالُه من قبلُ فلو عَلِمنا فالناقِلَةُ مُقَدَّمَةٌ ، فإذا عَلِمنا سَفَهَه قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الرُّشدِ ، أو عَلِمنا تقديمَ رُشدِه قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ السَّفه وقولُه لَعَلَّه فيمَنْ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(ولو عادَ) أي صارَ بعدَ رُشدِه (مُبذِّرًا حَجَرَ عليه القاضي) (١) فلا يَحْجُرُ عليه غيرُه كالأب والجدِّ ولا يعودُ بنفسِه ، لأنَّه في مَحَلِّ الاجتهادِ ، وإنَّما حُجِرَ عليه لآيةِ ﴿ولا تُؤْتوا السُّفهاءَ أموالَكُم﴾ [النساء : ٥] أي أموالهم لِقولِه ﴿وارزُقوهم فيها واكسوهم﴾ (٢) [النساء : ٥] ولِخَبَرِ «خُذوا على أيدي سُفهائِكُم» رواه الطَّبَرانيُّ بإسنادٍ صحيحٍ ، ونَقَلَ الرُّويانيُّ عن الشافِعيِّ أنَّ القاضي إذا حَجَرَ / عليه أُستُحِبَّ له أنْ يرُدَّ ٢٠٩/٢
أمرَه إلى الأبِ أو الجدِّ فإنْ لم يكُن فسائِرُ العصَبات ، لأنَّهم أشفقُ (وهو) أي القاضي (وليُّه دونَ الأب والجدِّ) ، لأنَّه الذي يُعيدُ الحجرَ عليه ، ولأنَّ وِلايةَ غيرِه قد زالَت فينظُرُ مَن له النظَرُ العامُّ (ولا يرتفِعُ الحجرُ إلا به) أي بالقاضي كما لا يثْبُتُ إلا به .

(ولا حَجْرَ بعَودِ الفِسقِ) بلا تبذيرٍ ، لأنَّ الأوَّلينَ لم يحْجُروا على الفسَقَةِ ويُفارِقُ استدامَته بالفِسقِ المُقترِنِ بالبُلوغِ بأنَّ الأصلَ ثَمَّ بَقاؤه ، وهنا ثَبَت الإطْلاقُ والأصلُ بَقاؤه ويُفارِقُ الحجرُ بعَودِ التبذيرَ بأنَّ الفِسقَ لا يتحَقَّقُ به إتْلافُ المالِ ولا عَدَمُ إتْلافِه بخلافِ التبذيرِ .

(ولا) حَجْرَ (بالغبنِ في تصرُّفٍ دونَ تصرُّفٍ) لِبُعدِ اجتماعِ الحجرِ وعَدَمِه في شَخصٍ واحدٍ (٣) ، والترجيحُ من زيادَته (٤) ، قال الزَّركَشيُّ : وقَضيَّةُ كلامِ الإمامِ ترجيحُ جَوازِ الحجرِ ، قال الأذرَعيُّ : ويقرُبُ أن يُقال : إن كان البعضُ الذي يُغْبَنُ فيه أكثرَ حُجِرَ عليه مُطلَقًا ، أو أقلَّ فلا مُطلَقًا وإنِ استويا فترَدُّدٌ

(ولا) حَجْرَ (بالشُّحَّةِ على النفسِ) مع اليسارِ لِيُنفِقَ بالمعروفِ ، لأنَّ الحقَّ له وقِيلَ يُحْجَرُ عليه، قال الماورديُّ : والقائِلُ به لم يُرِد حَقيقَةَ الحجرِ فإنَّه صَرَّحَ بأنَّه لا يُمنَعُ من التصرُّفِ ، ولكنْ يُنفَقُ عليه بالمعروفِ من مالِه إلا أنْ يخاف عليه إخفاءَ مالِه لِشِدَّةِ شُحِّه فيُمنَعُ من التصرُّفِ فيه ، لأنَّ هذا أشَدُّ من التبذيرِ .

---

(١) (قولُه : ولو عادَ مُبَذِّرًا حَجَرَ عليه القاضي وُجوبًا) لأنَّه مَعنًى لو قارَنَ البُلوغَ لَمُنِعَ فكُّ الحجْرِ ، فإذا طَرَأَ بعدَ فكِّ الحجرِ وجَبَ إعادَتُه كالجُنونِ (فائِدَتُه) يُقالُ سَفُهَ بعدَ رُشدِه بضَمِّ الفاءِ أي صارَ سَفيهًا ولا يجوزُ كسرُها ، لأنَّه ضِدُّ عَلِمَ قاله ابنُ طَرِيفٍ في الأفعالِ .

(٢) (قوله : ﴿وارزُقوهم فيها واكسوهم﴾ وإنَّما أضافَها للأولياءِ لِتصرُّفِهم فيها

(٣) (قولُه لِبُعْدِ اجتماعِ الحجرِ وعَدَمِه في شَخصٍ واحدٍ) حَديثُ ابنِ مُنقِذٍ يدُلُّ على عَدَمِ الحجْرِ لأنَّه كان يُخدَعُ في بعضِ البياعات ، ولَم يُحجَر عليه .

(٤) (قوله : والترجيحُ من زيادَته) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فصلٌ : ولا يصِحُّ من السَّفيه المحْجورِ عليه) شرعًا أو حِسًّا (عَقدٌ ماليٌّ) كالبيعِ والشِّراءِ ولو بغِبطَةٍ أو في الذِّمَّةِ والإعتاقِ والكِتابةِ (ولو بإذْنِ الوليِّ أو الموكِّلِ وتقديرٍ) وفي نُسخَةٍ أو بتقديرِ (العِوضِ) وفي أُخرَى ، ولو قَدَّرَ العِوضَ ، لأنَّ تصحيحَها يُؤَدِّي إلى إبطالِ مَعنَى الحجرِ ، ولأنَّها إتلافٌ أو مَظِنَّةُ الإتلافِ وللآيةِ والخبَرِ السَّابقَيْنِ بخلافِ الاحتطاب ونحوِه والطَّلاقِ والخُلعِ والظِّهارِ ونحوِها كما سَيأتي (ويصِحُّ قبولُه الهبةَ) لأنَّه ليس بتفويتٍ بل تحصيلٍ (لا) قبولُه (الوصيَّةَ) ، لأنَّه تصَرُّفٌ ماليٌّ ، وهذا ما اقتضاه كلامُ الأصلِ ، لكنِ الذي جَزَمَ به الماورديُّ والرُّويانيُّ والجُرجانيُّ الصِّحَّةُ أيضًا ، وقال الإمامُ : إنَّه الذي عليه الأكثرونَ ، واختارَه السُّبكيُّ والإسنَويُّ ولي بهما أُسوةٌ [١] ، وعليه قال الماورديُّ [٢] : لا يجوزُ تسليمُ الموهوب والموصَى به إليه ، فإنْ سَلَّمَهما إليه ضَمِنَ الموصَى به دونَ الموهوب ، لأنَّه مِلكُ الموصَى به بقبولِه بخلافِ الموهوب ، وبَحَثَ في المطْلَب جَوازَ تسليمِ الموهوب إليه إذا كان ثَمَّ مَنْ ينتزِعُه منه عَقِبَ تسلُّمِه من وليٍّ أو حاكِمٍ .

ويصِحُّ تدبيرُه ووصيَّتُه وقبضُه دَينَه بإذْنِ وليِّه كما سَيأتي في الخُلع ، وعَقدُه الجِزيةَ بدينارٍ [٣] ، وصُلحُه من قَودٍ لَزِمَه على شيءٍ ، ولو أكثرَ من الدِّيةِ صيانَةً لِلرُّوحِ ، وتوكيلُه في قبولِ النِّكاحِ دونَ إيجابه ونِكاحِه بإذْنِ وليِّه ، لأنَّ المالَ فيه تبَعٌ، وسَيأتي بَيانُها في مَحالِّها ، قال الإمامُ : ولو امتنَعَ الوليُّ وعَسِرَتْ مُراجَعَتُه في المطاعِمِ ونحوِها وانتهَى إلى الضَّرورَةِ فالوجه عندي القطْعُ بجَوازِ تصَرُّفِه [٤] بحَسَبِها . (ويضمَنُ القابضُ من السَّفيه) ما قبَضَه منه في مُعامَلَةٍ أو غيرِها وتلِف عندَه

---

(١) (قوله : ولي بهما أُسوةٌ) إنَّما لم يصِحَّ قبولُه لِلوصيَّةِ ، لأنَّه ليس بأهلٍ لِتمَلُّكِه بعَقدٍ ، وقبولُها مُمَلِّكٌ ، وليس فوريًّا فأُنيطَ بالوليِّ ، وصحَّ قبولُه الهبةَ مُراعاةً لِمَصْلَحَته لاشتراطِ اتِّصالِ قبولِها بإيجابِها مع كونِه ليس بمُمَلِّكٍ ، وقد يوجَدُ إيجابُها مع غيبةِ وليِّه .

(٢) (قوله : وعليه قال الماورديُّ إلخ) قال شيخُنا : لا يتقيَّدُ الحُكمُ كونُه على هذا بل لا يجوزُ تسليمُ ذلك له وإنْ قُلنا بصِحَّةِ قبولِه ذلك .

(٣) (قوله : وعَقدُه الجِزيةَ بدينارٍ) الظَّاهرُ أنَّ مُفاداته نفسَه بالمالِ كذلك قَوِيٌّ وعَقدُ الهدنَةِ كالجِزيةِ ويصِحُّ عَفوُه عَمَّا وجَبَ له من القِصاصِ ، ولو مجَّانًا ، وإجارَتُه نفسَه بمالِه المُتبَرَّعِ به من مَنافِعِه ، ولو سَمِعَ قائلا يقولُ : مَنْ رَدَّ عبدي فله كذا فرَدَّه استحَقَّ الجعلَ ، ولو فتحْنا بَلَدًا لِلسُّفهاءِ على أنْ تكونَ الأرضُ لَنا ويُؤَدُّونَ خَراجَها جازَ كالجِزيةِ ، ولو قال الإمامُ : مَنْ دَلَّني على قَلعَةٍ فله منها جاريةٌ فدَلَّه سَفيهٌ استحَقَّ الجُعلَ .

(٤) (قوله : فالوجه عندي القطعُ بجَوازِ تصَرُّفِه بحَسَبِها) أشارَ إلى تصحيحِه .

(وإنْ كان جاهلا) بحالِه كما في القابضِ من الصَّبيّ (لا هو) أي السَّفيه فلا يضمَنُ ما قبَضَه من غيرِه (إنْ أقبَضَه) له (رَشيدٌ وتلِف قبلَ المُطالَبةِ) له (بردِّه ولو انفكَّ عنه الحجْرُ) أو كان المُقبِضُ له جاهلا ؛ لأنَّه المُضَيِّعُ له ، وإنَّما لم يضمَنْه بعدَ انفِكاكِ الحجرِ عنه ؛ لأنَّه حَجْرٌ ضُرِبَ لِمَصْلَحَته فأشبَهَ الصَّبيَّ لكنَّه يأثَمُ ؛ لأنَّه مُكلَّفٌ بخلافِ الصَّبيّ .

وقَضيَّةُ كلامِه كأصلِه أنَّه لا يضمَنُ ظاهرًا ولا باطِنًا ، وبه صَرَّحَ الإمامُ والغزاليُّ [١] لكنِ الذي نَصَّ عليه في الأُمّ في باب الإقرارِ أنَّه يضمَنُ بعدَ انفِكاكِ الحجرِ عنه [٢] ، وهو الموافِقُ لِما مَرَّ في البيعِ في نَظِيرِه من الصَّبيّ [٣] (وإلا) أي وإنْ أقبَضَه له غيرُ رَشيدٍ وتلِف مُطلَقًا أو رَشيدٌ وتلِف بعدَ المُطالَبةِ بردِّه والامتناعِ منه (ضَمِنَ) كنَظِيرِه في الصَّبيّ ، والتقييدُ بـ «قبلَ» المُطالَبةِ من زيادَته ، وصَرَّحَ به الصَّيْدَلانيُّ [٤] .

٢١٠/٢ قال الأذْرَعيُّ : والظَّاهرُ أنَّ في مَعنَى / الرَّشيدِ مَنْ سَفِهَ بعدَ رُشدِه [٥] ، ولَم يتَّصِل به حَجْرُ القاضي فإنَّ الأصحَّ نُفوذُ تصرُّفاته كالرَّشيدِ إلى أنْ يَحْجُرَ عليه القاضي ، وفي مَعناه أيضًا مَنْ حُجِرَ عليه بسَفهٍ وأذنَ له وليُّه في الإقباضِ [٦] (ويلغو إقرارُه بمالٍ) [٧] وإنْ أسنَدَه إلى ما قبلَ الحجرِ (وكذا بجِنايةٍ تُوجِبُه) كالصَّبيّ ،

---

(١) (قوله : وبه صَرَّحَ الإمامُ والغزاليُّ) وهو الأصحُّ ع وصحَّحه صاحِبُ الإفصاحِ وحَكاه في البحرِ عن ابنِ أبي هرَيْرَةَ ومَحَلُّ الخلافِ إذا لَم يعلَم بحَجْرِه .

(٢) (قوله : لكنَّ الذي نَصَّ عليه في الأُمّ في باب الإقرارِ أنَّه يضمَنُ بعدَ انفِكاكِ الحجرِ عنه) حَكاه الإمامُ والغزاليُّ وجهًا وضعَّفاه بأنَّه لو وجَبَ باطِنًا لَم تمتنِع المُطالَبةُ به ظاهرًا أمَّا لو بَقِيَ بعدَ رُشدِه ثم أتْلَفه ضَمِنَه ، وكذا لو تلِف ، وقد أمكَنَه رَدُّه بعدَ رُشدِه فلو قال مالِكُه : إنَّما أتْلَفه بعدَ رُشدِه ، وقال آخِذُه : بل قبله فإنْ أقامَ بَيِّنَةً برُشدِه حالَ إتْلافِه غرِمَه ، وإلا فالمُتبادرُ تصديقُ آخذه بيمينِه وفيه نَظَرٌ قاله الأذْرَعيُّ قال : وكُلُّ ذلك تفقُّهٌ فتأمَّله ا هـ وكُلُّه صحيحٌ جارٍ على القواعِدِ .

(٣) (قوله : وهو الموافِقُ لِما مَرَّ في البيعِ في نَظِيرِه من الصَّبيّ) قد مَرَّ هناكَ أنَّه رَأيٌ مَرجوحٌ .

(٤) (قوله : وصَرَّحَ به الصَّيْدَلانيُّ) وهو ظاهرٌ .

(٥) (قوله : قال الأذْرَعيُّ : والظَّاهرُ أنَّ في مَعنَى الرَّشيدِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : وفي مَعناه أيضًا مَنْ حُجِرَ عليه بسَفهٍ وأذنَ له وليُّه في الإقباضِ) هذا مَمنوعٌ إذا أذنَ الوليُّ فيه كعَدَمِه .

(٧) (قوله : ويلغو إقرارُه بالمالِ) قال في الأصلِ : ولو أقرَّ بنَسَبٍ ثَبَت ويُنفَقُ على الولَدِ ....=

ولا يُؤَاخَـذُ بذلك بعدَ انفِكـاكِ الحجْـرِ ، ومَحَلُّه في الظَّاهرِ أمَّـا في البـاطِنِ فيلزَمُـه أداؤُه (١) حينَئِذٍ إنْ كان صادِقًا فيـه (لا) إقرارُه (بما يوجِبُ حَدًّا أو قِصاصًـا) فلا يلغو (وإنْ عَفا) عن القِصاصِ (على مالٍ) لِعَدَمِ تعَلُّقِه بالمالِ ولانتفاءِ التُّهْمَةِ ولُزومِ المالِ في العفوِ يتعَلَّقُ باختيارِ غيرِه لا بإقرارِه (ويُقبَلُ) إقرارُه (في السَّرِقَـةِ لِلقَطْعِ لا لِلمالِ) كالعبدِ (و) يُقبَلُ إقرارُه (في الـوطْءِ لِلنَّسَـب لا) لِثُبوت (الاستيـلادِ) لِلموطوءَةِ (والنفقَـةِ) عليه لِلولَدِ بل يُنْفَقُ عليه من بَيْت المالِ ، نَعَـم إنْ ثَبَت أنَّها فِراشٌ له وولَدَتْ لِمُدَّةِ الإمكانِ ثَبَت الاستيلادُ لكنَّه في الحقِيقَةِ لم يَثْبُتْ بإقرارِه (وإنِ ادَّعَى عليه دَيْنَ مُعامَلَةٍ) لَزِمَه (قبلَ الحجْرِ فإنْ لَزِمَه بالبيِّنَةِ) يعني أُقِيمَتْ به بَيِّنَةٌ (ثَبَت وإلا فلا) بناءً على أنَّ اليمينَ المردودَةَ كالإقرارِ ، وإقرارُه بالدَّيْنِ لاغٍ كما مَرَّ .

(فصْـلٌ : يصِحُّ طَلَاقُه ورَجعَتُه وخُلعُـه) ولو بدونِ مَهْرِ المِثْـلِ (وظِهارُه ونفيُه النسَبَ) بلِعانٍ أو غيرِه ونحوُها ، لأنَّها ما عَدا الخُلعَ لا تعَلُّقَ لها بالمالِ الذي حُجِرَ لأجلِه ، وأمَّا الخُلعُ فكالطَّلاقِ بل أولى ، وهو خاصٌّ بالرَّجُـلِ لِلمَعنَى المذكورِ ، وبما تقَرَّرَ عُلِمَ أنَّ إطْلاقَه نفي السَّبَب أولى من تقييدِ الأصلِ له باللِّعانِ (فإنْ كان مِطْلاقًا سَرَّى بجاريـةٍ) صَوابُـه جاريةً قالـه النـووِيُّ ، مع أنَّـه عَبَّرَ في مـواضِعَ بـالأوَّلِ (إنِ احتاجَ) إلى الوطْءِ (فإنْ كَرِهَها أُبدِلَتْ) وسَيأتي في النِّكاحِ بَيانُ المِطْلاقِ (وحُكْمُه في العِبادات) الواجِبةِ والمندوبةِ البدَنيَّةِ (لا) في (صَرفِ الزَّكاةِ كالرَّشيدِ) لاجتماعِ الشرائِطِ فيـه بخلافِ صَرفِ الزَّكاةِ ، لأنَّه وِلايةٌ وتصَرُّفٌ ماليٌّ ، نَعَم إنْ أذنَ لـه الوليُّ وعيَّنَ له المدفوعَ إليه صحَّ صَرفُه كَنَظِيرِه في الصَّبيِّ المُمَيِّزِ ، وكما يجوزُ لِلأجنَبيِّ توكيلُه فيه ، قال الأذْرَعِيُّ : نَعَـم ينبغي أنْ يكـونَ ذلك بحَضرَةِ الـوليِّ أو مَـنْ ينـوبُ عنه ، لأنَّه قد يُتْلِفُ المالَ إذا خَـلا به أو يدَّعي صَرفه كاذبًا وكـالزَّكاةِ في ذلك الكفَّـارَةُ (٢)

= المُستلحَقِ من بَيْت المالِ ا هـ هذا يشمَلُ ما لو كان المقِرُّ به عبـدَه قال ابنُ كَجٍّ في التجريدِ لو كـان له عبدٌ فقال هذا ابني ، وأمكَـنَ فيُحتمَلُ أنْ يبطُلَ إقرارُه ، لأنَّه يُقِرُّ في مِلكِه بالعِتقِ ، ويكونُ ابنَه بإقراره ، إذْ لا يجوزُ له إبطالُ نَسَبٍ قد أقرَّ به ويُحتمَلُ أنْ يكونَ ابنَه ويُعتقُ ، لأنَّ النسَبَ حَقُّ بَدَنٍ والحُرِّيَّةُ تتبَعُه ، ولِهذا نوقِعُ طَلَاقَه ، لأنَّ المغَلَّبَ حَقُّ البدَنِ ، والمالُ تبَعٌ .

(١) (قوله : أمَّا في الباطِنِ فيلزَمُه أداؤُه حينَئِذٍ إلخ) أي إذا كـان سَبَبُه مُتقَدِّمًا على الحجْرِ أو مُضَمَّنًا له فيه .

(٢) (قوله : وكالزَّكاةِ في ذلك الكفَّارَةُ) قال شيخُنا أي إنْ قُلنا يُكَفِّرُ بالمالِ أمَّا إذا قُلنا يُكفِّرُ بالصَّومِ فيما عَدا القَتْلَ فلا إلحاقَ نَعَم يُحْمَلُ على كَفَّارَةٍ لَزِمَتْ قبلَ الحجْرِ عليه ثم حُجِرَ عليه ....=

ونحوُها .

(وإحرامُه بالحجِّ قد سبَقَ) بيانُه (فيه وينعَقِدُ نَذرُه في الذِّمَّةِ بالمالِ (١) لا بعَيْنِ مالِه) هذا مُقَيِّدٌ لِما أطلَقَه كأصلِه في باب النذرِ من أنَّه لا يصِحُّ منه نَذرُ القُرَبِ الماليَّةِ ، ثم الظَّاهرُ - كما قال السُّبكيُّ وغيرُه - أنَّ المُرادَ (٢) بصِحَّةِ نَذرِه فيما ذُكِرَ ثُبوتُه في الذِّمَّةِ إلى ما بعدَ الحجرِ (ويُكفِّرُ في غيرِ القتلِ) كاليمينِ (بالصَّومِ) كالمُعسِرِ لِئَلاَّ يضيعَ مالُه بخلافِ القتلِ ، فإنَّ الوليَّ يعتقُ عنه فيه ، لأنَّ سَبَبَه فِعلٌ (٣) وهو لا يقبَلُ الرَّفعَ بخلافِ غيرِه ، والتقييدُ بغيرِ القتلِ من زيادَته أخَذَه من كلامِ الجوريِّ بحَسَبِ ما فهِمَه ، والأصلُ لم يذكُر إلا كَفَّارَةَ اليمينِ ، وقَضيَّةُ التقييدِ المذكورِ أنَّه يُكفِّرُ بالصَّومِ (٤) في كَفَّارَةِ الجِماعِ ، وقَضيَّةُ الفرقِ أنَّه يُكفِّرُ فيها بالمالِ ، والفرقُ ذكرَه الجوريُّ وغيرُه ونقَلَه عنهم السُّبكيُّ وأقرَّه ، وجَزَمَ به الإسنَويُّ ولَم يتعرَّضوا لكفَّارَةِ الجِماعِ ، وإنَّما فرَّقوا به بين كَفَّارَتَي اليمينِ والظِّهارِ وكَفَّارَةِ القتلِ ، قال السُّبكيُّ : وكُلُّ ما يلزَمُه في الحجِّ من الكَفَّارات المُخيَّرَةِ لا يُكفِّرُ عنه إلا بالصَّومِ وما كان مُرَتَّبًا يُكفِّرُ عنه بالمالِ ، لأنَّ سَبَبَه فِعلٌ أي مع ترتُّبٍ ، وإلا فما قبله سَبَبُه

= وكانت مُرَتَّبةً ولا يُنافيه ما تقرَّرَ في جَوازِ دَفعِ الصَّبيِّ المُمَيِّزِ الزَّكاةَ إذا عُيِّنَ آخذُه ، ودُفِعَ ما مَرَّ في السَّاعي أنَّه إذا عُيِّنَ له آخذُه ودفعَ ، اُشتُرِطَ فيه مع الإسلامِ التكليفُ ، لأنَّه وِلايةٌ لِنيابَته عن الإمامِ وما هنا رِسالةٌ لِنيابَته عن المالِكِ .

(١) (قولُه : وينعَقِدُ نَذرُه في الذِّمَّةِ بالمالِ) نَقَلا هنا عن التتمَّةِ وأقرَّاه أنَّ الحجَّ المنذورَ بعدَ الحجرِ كالمنذورِ قبله إن سَلَكْنا به مَسلَكَ واجِبِ الشرعِ وإلا فكَحَجِّ التطوُّعِ ، واختارَ في الزَّوائِدِ في الرَّجْعَةِ أنْ لا يُطلَقَ في مَسلكه ترجيحٌ لكن صحَّحَ في الرَّوضَةِ في النذرِ حَمله على الواجِب كما هو ظاهرُ كلامِ الرَّافِعيِّ وصحَّحَه في المجموعِ أيضًا لكنَّه استثنَى العِتقَ وفرَّقَ بينه وبين غيرِه ، ولِهذا قال الزَّركَشيُّ في قَواعِدِه : الأرجَحُ غالِبًا حَملُه على الواجِب اهـ ولو نَذَرَ أنْ يُصَلِّيَ رَكْعَتينِ فصَلَّى أربَعًا بتسليمَةٍ بتشَهُّدٍ أو تشَهُّدَينِ جازَ على الأصحِّ في المجموعِ ولو نَذَرَ أن يُصَلِّيَ أربَعَ رَكَعاتٍ جازَ أنْ يُصَلِّيَها بتسليمَتينِ ، ولو نَذَرَ قبلَ الزَّوالِ صَومَ يومِه جازَ .

(٢) (قولُه : ثم الظَّاهرُ كما قال السُّبكيُّ وغيرُه أنَّ المُرادَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قولُه : لأنَّ سَبَبَه فِعلٌ) أي حَصَلَ به قَتلُ آدَميٍّ معصومٍ لِحَقِّ الله - تعالى - بدَليلِ ما حَكاه في المطلَب عن الجوري عن نَصِّ الشافِعيِّ من أنَّه يُكفِّرُ بالصَّومِ في كَفَّارَةِ الظِّهارِ فظَهَرَ أنَّ المُعتمَدَ أنَّه يُكفِّرُ بالصَّومِ غيرَ القتلِ كالمُعسِرِ كما جَرَى عليه المُصَنِّفُ ويوجَّه بأنَّ في ذلك زَجرًا له عن القتلِ لِتضَرُّرِه بإخراجِ مالِه في كَفَّارَته ، والفرقُ بينها وبين غيرِها عِظَمُها لِما يَحصُلُ بها من حِفظِ النُّفوسِ .

(٤) قولُه : وقَضيَّةُ التقييدِ المذكورِ أنَّه يُكفِّرُ بالصَّومِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

فِعلٌ أيضًا ، وقَضيَّتُه أنَّه يُكَفِّرُ عنه في كَفَّارَةِ الجِماعِ بالمالِ ، وهو الأوجَه وفي كَفَّارَةِ الظِّهارِ بالصَّومِ ، وهو قَضيَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ [١] وبه صَرَّحَ الإسنَويُّ وجَعله كاليمينِ
٢١١/٢ لكن رَدَّه البُلقِينيُّ بأنَّ اليمينَ تتكَرَّرُ عادَةً / فلا يلزَمُ من جَعلِه فيها كالمُعسِرِ جَعلُه كذلك في الظِّهارِ ، لأنَّه مُحَرَّمٌ وأطالَ في الاحتجاج له وسَأحكيه عنه في كِتاب الكَفَّارات (فإذا لم يصُم حتى انفكَّ الحجرُ) عنه (لَم يجزِه) أي الصَّومُ (إن كان موسِرًا) اعتبارًا بحالَةِ الأداءِ .

(فصلٌ : يلي أمرَ الصَّبيِّ ومَن به جُنونٌ [٢] ولو طَرَأَ الأبُ ثم الجدُّ) أبو الأب وإن عَلا كولايةِ النِّكاحِ [٣] (ثم وصيُّهما) أي وصيُّ مَن تأخَّرَ موتُه منهما (ثم القاضي) [٤] لِخَبَرِ «السُّلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له» رواه التِّرمِذيُّ وحَسَّنَه الحاكِمُ وصحَّحَه [٥] والمُرادُ قاضي بَلَدِ المَحجورِ عليه فإن كان ببَلَدٍ ، ومالُه بآخَرَ فوليُّ مالِه قاضي بَلَدِ المالِ ، لأنَّ الوِلايةَ عليه ترتبطُ بمالِه كمالِ الغائبِينَ لكنَّ مَحَلَّه في تصَرُّفِه فيه بالحِفظِ والتعَهُّدِ وبما يقتضيه الحالُ من الغِبطَةِ اللائِقَةِ إذا أشرَف على التلَفِ كما سَيأتي بَيانُه قُبَيلَ كِتاب القِسمَةِ ، قال الجُرجانيُّ : وإذا لم يوجَد أحدٌ من الأولياءِ المَذكورينَ فعلى المُسلِمينَ النظَرُ في حالِ مَحجورِهم وتولِّي حِفظِه له (ويكفي في الأب والجدِّ العدالَةُ الظَّاهِرَةُ) ولا يُعتبَرُ إسلامُهما إلا أن يكونَ الولَدُ مُسلِمًا [٦] فإنَّ الكافِرَ يلي مالَ ولَدِه الكافِرِ [٧] لكن إن ترافعوا إلينا لم نُقِرَّهم ونَلي نحنُ أمرَهم بخلافِ وِلايةِ النِّكاحِ ، لأنَّ المقصودَ بوِلايةِ المالِ الأمانَةُ وهي في المُسلِمينَ أقوى ، والمقصودُ

---

(١) (قوله : وهو قَضيَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ) قال الجُرجانيُّ في التحريرِ ويُكَفِّرُ السَّفيه في الظِّهارِ وفي اليمينِ بالصَّوم دونَ المالِ .

(٢) (قوله : يلي أمرَ الصَّبيِّ ومَن به جُنونٌ إلخ) قَضيَّةُ تعبيرِه بالصَّبيِّ والمجنونِ أنَّه لا وِلايةَ لِلمَذكورَيْنِ على مالِ الأجِنَّةِ وصَرَّحَ به في الفرائضِ لكن بالنِّسبةِ إلى الحاكِمِ .

(٣) (قوله : كولايةِ النِّكاحِ) إنَّما لَم يثبُت بعدَهما لِباقِي العصَبةِ كالنِّكاحِ لِقُصورِ نَظَرِهم في المالِ وكمالِه في النِّكاحِ .

(٤) (قوله : ثم القاضي) أي العدلُ الأمينُ .

(٥) رواه الترمذي (٤٠٧/٣) كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، حديث (١١٠٢) ، ورواه الحاكم في المستدرك (١٨٢/٢) حديث (٢٧٠٦) .

(٦) (قوله : إلا أن يكونَ الولَدُ مُسلِمًا) إذ لا يُمكِنُ أن يكونَ الصَّغيرُ أو المجنونُ إلا مُسلِمًا نَعَم إن أسلَمَ الأبُ أو الجدُّ وابنه بالِغٌ مُستمِرُّ الحجرِ عليه كان وليَّه .

(٧) (قوله : فإنَّ الكافِرَ يلي مالَ ولَدِه الكافِرِ) ولِهذا تصِحُّ وصيَّتُه عليه إلى كافِرٍ .

بولايةِ النّكاحِ الموالاةُ ، وهي في الكافِرِ أقوى ، قاله الماورديُّ (١) (ولا ولايةَ لِلأُمِّ) قِياسًا على النّكاحِ ، وكذا لا وِلايةَ لِسائِرِ العصَبةِ كالأخِ والعمِّ نَعَم لهم الإنفاقُ من مالِ الطِّفْلِ لِتأديبه وتعليمِه وإنْ لم يكُنْ لهم عليه وِلايةٌ ؛ لأنَّه قَليلٌ فسومِحَ به ، قاله في المجموعِ في إحرامِ الوليِّ عن الصَّبيِّ ومِثْلُه المجنونُ والسَّفيه (ويتصَرَّفُ لهما) الوليُّ (بالمصْلَحةِ) وُجوبًا لقوله تعالى ﴿ولا تقربوا مالَ اليتيمِ إلا بالتي هي أحسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٦] وقوله ﴿وإنْ تُخالِطوهم فإخوانُكم واللهُ يعلَمُ المُفسِدَ من المُصْلِحِ﴾ [البقرة :٢٢٠] (ولو وجَدَ بما اشتراه عَيبًا وبه غِبطَةٌ أمسَكَه) لِما فيه من الغِبطَةِ .

(ويشتري) الوليُّ (له) أي لِمَحجورِه جَوازًا بل نَدبًا كما قال القاضي أبو الطَّيِّب والبغَويُّ وغيرُهما (العقارَ) بل هو أولى من التِّجارَةِ إذا حَصَلَ من ريعِه الكِفايةُ هذا (إنْ لم يخَفْ جورًا) من سُلطانٍ أو غيرِه (أو خَرابًا) لِلعَقارِ (٢) (أو) لم يجِد به (ثِقَلُ خَراجٍ ويبني لهما) عَقارَهما (بالآجُرِّ) (٣) أي الطُّوب المحْرَقِ (والطِّينِ لا اللَّبِنِ) أي الطُّوب الذي لم يُحْرَق بَدَلَ الآجُرِّ (والجِصِّ) (٤) أي الجِبسِ بَدَلَ الطِّينِ ؛ لأنَّ اللَّبِنَ قَليلُ البقاءِ وينكَسِرُ عندَ الاحتياجِ إلى النقضِ بخلافِ الآجُرِّ والجِصِّ كَثيرُ المُؤْنَةِ ، ولا تبقَى مَنفعَتُه عندَ النقضِ بل يلتصِقُ بالطُّوب فيُفسِدُها بخلافِ الطِّينِ ، والسَّفيه كالصَّبيِّ والمجنونِ في جَميعِ ما تقَرَّرَ (واختارَ كَثيرٌ) من الأصحاب (البناءَ) أي جَوازَه (على عادَةِ البلَدِ) كيف كان .

---

(١) (قوله : قاله الماورديُّ) أي والرُّويانيُّ قال شيخُنا الأوجَه خلافُ ما قالاه .
(تنبيهٌ) قال السُّبكيُّ قِياسُ قولِ مَنْ قال في وِلايةِ الإجبارِ في النِّكاحِ : إنَّ شرطَهما عَدَمُ العداوةِ أنْ يطَّرِدَ ذلك في وِلايةِ المالِ ، وقد نَقَلا في باب الوصايا عن الرُّويانيِّ وآخَرينَ أنَّه يُشترَطُ في الوصيِّ عَدَمُ العداوةِ ، وقولُ السُّبكيِّ قِياسُ قولِ مَنْ قال إلخ قال الزَّرْكَشيُّ : وهو ظاهرٌ .

(٢) (قوله : أو خَرابًا لِلعَقارِ) أي بزيادَةِ الماءِ أو نحوِه .

(٣) (قوله : ويُبنَى لهما بالآجُرِّ) قال في البيانِ هذا في البلدَةِ التي يعِزُّ فيها وُجودُ الحِجارَةِ فإنْ كان في بَلَدٍ توجَدُ فيها الحِجارَةُ كانت أولى من الآجُرِّ ، لأنَّها أكثرُ بَقاءً وأقلُّ مُؤنَةً وفي الشامِلِ والبيانِ : أنَّ شرطَ جَوازِ البناءِ أنْ لا يجِدَ الوليُّ عَقارًا يُباعُ بأرخَصَ من البناءِ وهو ظاهرٌ واعتبَرَ ابنُ الصَّبَّاغِ كونَه بعدَ الفراغِ مُساويًا لِما أنفقَه عليه قال الزَّرْكَشيُّ وكذلك إذا كانت أرضُ البلَدِ نَديَّةً لا يثْبُتُ فيها إلا الحجَرُ .

(٤) (قوله : والجِصُّ) الواوُ فيه بمَعنَى «أو» .

(ولا يبيعُ عَقارَه) أي عَقارَ مَحجورِه ؛ إذ لا حَظَّ له فيه (إلا لِثِقَلِ خَراجٍ [(١)] أو خَوفِ خَرابٍ) والتصريحُ بخَوفِ الخراب من زيادَته وما قبله جَعلَه الأصلُ من جُملَةِ الغِبطَةِ الآتيةِ .

(وله بَيْعُه لِحاجةِ نَفقَةٍ وكِسوةٍ) ونحوُهما [(٢)] (إنْ لم يجِد قَرضًا ينتظِرُ معه غَلَّةً) من العقارِ ، ونحوِه تفي بالقرضِ فإنْ وجَدَ قَرضًا كذلك اقترَضَ له وامتنَعَ بَيْعُ العقارِ وشرطُه المذكورُ أخَصُّ من قولِ أصلِه إذا لم يجِد مَنْ يُقرِضُه أو لم يرَ المصلَحةَ في القرضِ (أو لِغِبطَةٍ كزيادَةِ الثمَنِ) [(٣)] الذي أُريدَ بَيْعُه به على ثَمَنِ مِثْلِه (وهو يجِدُ مِثْله ببعضِه) أو خيرًا منه بكُلِّه وكالعقارِ فيما ذُكِرَ آنيةُ القُنْيةِ من صُفرٍ وغيرِه نَقَله ابنُ الرِّفْعَةِ عن البنْدَنيجيِّ قال : وما عَداهما لا يُباعُ أيضًا إلا لِغِبطَةٍ أو حاجةٍ لكنْ يجوزُ لِحاجةٍ يسيرَةٍ وربحٍ قَليلٍ لائقٍ بخلافِهما ، قال الرُّويانيُّ : ولو ترَكَ عِمارَةَ عَقارِه حتى خَرِبَ مع القُدرَةِ أثِمَ ، وهل يضمَنُ كما في تركِ علفِ الدَّابَّةِ أو لا كما في
٢١٢/٢ تركِ التلقيحِ ؟ وجهانِ جاريانِ فيما لو ترَكَ إيجارَه مع القُدرَةِ [(٤)] وأوجَهُهما : / عَدَمُ الضَّمانِ فيهما ويُفارِقُ تركَ العلفِ بأنَّ فيه إتلافَ روحٍ بخلافِ ما هنا . قال القفَّالُ : ويضمَنُ ورَقَ الفِرصادِ إذا ترَكَه حتى فات [(٥)] ، وكأنَّه قاسَه على سائرِ الأطعِمَةِ (ولا

---

(١) (قوله : إلا لِثِقَلِ خَراجٍ) قال القفَّالُ في الفتاوى إذا كان يستأصِلُ بالخراجِ جازَ بَيْعُه بثَمَنٍ تافِهٍ ولو درهَمًا .

(٢) (قوله : ونحوُهما) كأنْ يكونَ بغيرِ بَلَدِه ، ويحتاجُ إلى مُؤنَةٍ في تجهيزِ مَنْ يجمَعُ غَلَّته فيبيعُه ويشتري ببَلَدِه عَقارًا .

(٣) (قوله : أو لِغِبطَةٍ كزيادَةِ الثمَنِ إلخ) قال الإسنَويُّ : ويظهَرُ جوازُ بَيْعِه بثَمَنِ مِثْلِه دَفعًا لِرُجوعِ الواهبِ إذا كان أصلا له ، وفي دُخولِه في الغِبطَةِ نَظَرٌ ا هـ قال والِدي : والظَّاهرُ دُخولُه في الغِبطَةِ فإنَّها كما قاله الجوهَريُّ حَسَنُ الحالِ قال الإمامُ : وضابطُ تلك الزِّيادَةِ أنْ لا يستهينَ بها العُقَلاءُ بالنِّسبةِ إلى شَرَفِ العقارِ فس وقولُه قال الإسنَويُّ ويظهَرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وجهانِ جاريانِ فيما لو ترَكَ إيجارَه مع القُدرَةِ إلخ) أصحُّهما أوَّلُهما ويُفرِّقُ بينهما وبين مَسألَةِ التلقيحِ بأنَّ التركَ فيهما يُفوِّتُ المنفعَةَ ، والتركُ فيها يُفوِّتُ الأخوريَّةَ ، وقال ابنُ الرِّفْعَةِ ويقرُبُ من هذا الخلافِ قولُ الرَّافِعِيِّ في الخُلعِ : إذا خالَعَ السَّفيه وقبَضَ المالَ وتركَه الوليُّ في يدِه حتى تلِف ففي ضَمانِه وجهانِ ا هـ أي وأصحُّهما الضَّمانُ كما يُؤخَذُ من كلامِه على لُقَطَةِ الصَّبيِّ

(٥) (قوله : قال القفَّالُ : ويضمَنُ ورَقَ الفِرصادِ إذا ترَكَه حتى فات) جَزَمَ به المُصَنِّفُ في أواخرِ الوديعَةِ .

يبيعُ) له (بعَرَضٍ ونسيئَةٍ إلا لِمَصْلَحةٍ) (١) يراها فيهما لِما مَرَّ من قوله تعالى : ﴿إلا بالتي هي أحْسَنُ﴾ [الأنعام :١٥٢] فمن مَصالِحِ العرَضِ أنْ يكونَ فيه رِبْحٌ ومن مَصالِحِ النسيئَةِ أنْ تكونَ بزيادَةٍ أو لِخَوفٍ عليه من نَهْبٍ أو إغارَةٍ (ويشهَدُ) وُجوبًا (على النسيئَةِ وزيادَتها ويرتهنُ) كذلك بالثمَنِ (٢) ، وقال ابنُ الرِّفْعَةِ : يرتهنُ إنْ رَآه مَصْلَحةً كما في إقراضِ مالِه قال الزَّرْكَشيُّ : وقد يُفرَّقُ (٣) بينهما بأنَّه مُتمَكِّنٌ ثَمَّ من المُطالَبةِ مَتى شاءَ بخلافِه هنا ، وقد يُسرِعُ مَنْ عليه الثمَنُ في ضَياعِ مالِه ولا يتمَكَّنُ من مُطالَبَته فاحتيجَ إلى التوثُّقِ بالرَّهْنِ أي مُطْلَقًا (رَهْنًا وافيًا) به لِلاحتياطِ (وإلا) أي وإنْ لم يفعَل ذلك (ضَمِنَ) قال السُّبكِيُّ : وبَطَلَ البيعُ على (٤) الأصحِّ ، قال وقال الإمامُ : الأصحُّ أنَّه لا يبطُلُ إذا كان المُشتري مَليًّا انتهى . وكلامُ الأصلِ دالٌّ على ذلك (ولا يُجْزِئُ الكَفيلُ) عن الارتهانِ (ولا يلزَمُ الأبَ والجَدَّ الارتهانُ) من نفسِهما (له والدَّيْنُ عليهما) (٥) كأنْ باعا مالَه لِنفسِهما نَسيئَةً ؛ لأنَّهما أمينانِ في حَقِّه وتعبيرُه بما قاله أعَمُّ من قولِ الأصلِ ، وإذا باعَ مالَ ولَدِه لِنفسِه (٦) نَسيئَةً لا يحتاجُ إلى رَهْنٍ من نفسِه (ويُسَجِّلُ القاضي ببَيْعِهما) مالَ ولَدِهما أي يحْكُمُ بصِحَّته إذا رَفعاه إليه .

(وإنْ لم يُثْبتا) أنَّ بَيْعَهما وقَعَ (بالمصْلَحةِ) لأنَّهما غيرُ مُتَّهَمَيْنِ في حَقِّ ولَدِهما (وفي وُجوب إثْباتهما) أي إقامَتهما البيِّنَةَ (بالعدالَةِ) لِيُسَجِّلَ لهما (وجهانِ) :

---

(١) (قوله : ولا يبيعُ بعَرَضٍ ونَسيئَةٍ إلا لِمَصْلَحةٍ) يُشترَطُ لِبَيْعِ مالِه نَسيئَةً كونُه من موسِرٍ ثِقَةٍ وقَصْرَ الأجَلِ عُرفًا وزيادَةً لائِقَةً به ، وكونُ الرَّهْنِ وفيًّا ، والإشهادُ ، فإنْ فُقِدَ شرطٌ من هذه بَطَلَ البيعُ .

(٢) (قوله : ويرتهنُ بالثمَنِ كذلك) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : قال الزَّرْكَشيُّ : وقد يُفرَّقُ بينهما إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال السُّبكِيُّ : وبَطَلَ البيعُ على الأصحِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ولا يلزَمُ الأبَ والجدَّ الارتهانُ من نفسِهما له ، والدَّيْنُ عليهما) قال الأذْرَعيُّ : ولَعَلَّ هذا إذا كان مِليًّا ، وإلا فهو مُضَيِّعٌ ، وكلامُ ابنِ الرِّفْعَةِ يقتضي تفرُّدَ البغَويِّ به ، وأنَّ المعروفَ في المذْهَب المنْعُ ، ولِلمَسألَةِ شُروطٌ أُخَرُ ذكرَها في زيادَةِ الرَّوضَةِ في كِتاب الرَّهْنِ أنْ يكونَ المُشتري ثِقَةً موسِرًا ، والأجَلُ قَصيرًا بالنِّسبةِ إلى عُرفِ الناسِ ، قال : فإنْ فُقِدَ شرطٌ من هذه بَطَلَ البيعُ .

(٦) (قوله : وإذا باعَ مالَ ولَدِه لِنفسِه إلخ) واستثنَى بعضُهم أيضًا بَيْعَ الوليِّ لِلمُضطَرِّ نَسيئَةً وهو صحيحٌ .

أحدُهما : لا ، اكْتفاءً بالعدالَةِ الظَّاهرَةِ كشُهودِ النِّكاحِ .

والثاني : نَعَم ، كما يجِبُ إثْباتُ عَدالَةِ الشُّهودِ ليحْكُمَ[1] ، قال ابنُ العِمادِ : وينبغي أنْ يكونَ هو الأصحَّ بخلافِ ما مَرَّ ؛ لأنَّ ذاكَ في جَوازِ تركِ الحاكِمِ لهما على الوِلايةِ وهذا فيما إذا طَلَبا منه أنْ يُسَجِّلَ [2]هُما **(بخلافِ الوصيِّ والأمينِ)** فإنَّه يجِبُ إقامَتُهما البيِّنَةَ بالمصْلَحةِ . وبعَدالَتِهما ، والتصريحُ بالحُكْمِ في عَدالَتِهما من زيادَته .

(ويُقبَلُ قولُه بعدَ البُلوغِ عليهما أنَّهما باعا) ماله ولو غيرَ عَقارٍ **(بلا مَصْلَحةٍ)** [3] فتلزَمُهما البيِّنَةُ **(لا على الأب والجدِّ)** [4] فلا تلزَمُهما البيِّنَةُ بل البيِّنَةُ عليه ؛ لأنَّهما لا يُتَّهَمانِ لِوُفورِ شَفقَتِهما بخلافِ غيرِهما . وقَضيَّتُه قبولُ قولِ الأُمِّ [5] وإنْ علتْ إذا كانتْ وصيَّةً ، وكذا مَنْ في مَعناها كآبائِها ، وما ذُكِرَ في الوصيِّ والأمينِ ، قال الزَّرْكَشيُّ : مَحَلُّه في غيرِ أموالِ التِّجارَةِ ، أمَّا فيها فالظَّاهرُ قبولُ قولِهما [6] لِعُسرِ الإشهادِ عليهما [7] **(ودَعواه على المشتري من الوليِّ كدَعواه على**

---

(١) (قوله : والثاني نَعَم كما يجِبُ إثْباتُ عَدالَةِ الشُّهودِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وهذا فيما إذا طَلَبا منه أنْ يُسَجِّلَ لهما) ؛ لأنَّ التسجيلَ يستدعي ثُبوته عندَه والثُّبوتُ يحتاجُ إلى التزكيةِ ، ونَظِيرُ ذلك أنَّ الحاكِمَ لا يمنَعُ الشُّرَكاءَ من قِسمَةِ دارٍ بأيديهم ولا يُجيبُهم إليها إلا بعدَ إقامَةِ البيِّنَةِ بمِلكِهم لها لأنَّ القِسمَةَ تستدعي الحُكْمَ وهو يحتاجُ إلى البيِّنَةِ بالمِلكِ .

(٣) (قوله : ويُقبَلُ قولُه بعدَ البُلوغِ عليهما أنَّهما باعا بلا مَصْلَحةٍ إلخ) لو ادَّعَى عليهم أنَّهم باعوا بدونِ ثَمَنِ المِثْلِ كان القولُ قولَهم ؛ لأنَّهم أُمَناءُ ولأنَّهم مُدَّعونَ صِحَّةَ العقدِ .

(٤) (قوله : لا على الأب والجدِّ) سَكَت عن الدَّعوى على القاضي وقال في التنبيه فإنْ بَلَغَ الصَّبيُّ وادَّعَى أنَّه باعَ العقارَ أي أو غيرَه من سائرِ أموالِه من غيرِ غِبطَةٍ ولا ضَرورَةٍ فإنْ كان الوليُّ أبًا أو جَدًّا فالقولُ قولُهما أي بيمينِهما لِوُفورِ شَفقَتِهما وإنْ كان غيرَهما لَم يُقبل إلا ببيِّنَةٍ التُّهمَةِ ، وهذا هو الأصحُّ واختارَه الشيخُ تاجُ الدِّينِ الفزاريّ وقال السُّبكيُّ : لَم أرَ لِلأصحاب تصريحًا به والقولُ قولُه بلا يمينٍ إنْ كان في زَمَنِ حُكْمِه وتوقَّف فيما إذا كان مَعزولا كذا في شرحِ المنهاجِ وحَكَى عنه ولَدُه في التوشيحِ أنَّه قال في جَوابِ سُؤَالٍ بعدَ ذكرِه ما هذا نَصُّه هذا ما ذكرته في شرحِ المنهاجِ والذي يظْهَرُ لي الآنَ أنَّه كَسائِرِ تصَرُّفات الحاكِمِ مَحْمولَةٌ على السَّدادِ حتى يُعلَمَ فسادُها فالحَقُّ أنَّه لا فرقَ بين أنْ يكونَ باقِيًا على وِلايته أو لا ، وأنَّه يُقبَلُ قولُه ؛ لأنَّه حينَ تصَرُّفِه كان نائِبَ الشرعِ .

(٥) (قوله : وقَضيَّتُه قبولُ قولِ الإمامِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : فالظَّاهرُ قبولُ قولِهما) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قوله : لِعُسرِ الإشهادِ عليها) قال شيخُنا يُؤْخَذُ من التعليلِ أنَّ مَحَلَّ ذلك فيما ....=

الوليّ) فيُقبَلُ قولُه عليه إنِ اشترَى من غيرِ الأب والجدِّ لا إنِ اشترَى منهما وسَكَت عن دَعواه على القاضي وسَيأتي بَيانُه في باب الإيصاءِ .

(فرعٌ : لا يُعامِلُ الطِّفلَ وصيٌّ) [1] هذا أعَمُّ من قولِ أصلِه : ليس لِلوصيِّ بَيْعُ مالِه لِنفسِه ، ولا مالِ نفسِه له والقاضي وأمينُه كالوصيِّ ، والمجنونُ والسَّفيه كالطِّفلِ ، أمَّا الأبُ والجدُّ فلهما ذلك كما مَرَّ في البيعِ ويأتي في الأُمِّ إذا كانتْ وصيَّةً ومَن في مَعناها ما تقدَّمَ / فيهما قبلَ الفرعِ **(ولا يقتصُّ له وليٌّ)** ولو أبًا [2] **(ولا** ٢١٣/٢ **يعفو)** عن القِصاصِ ، إذ قد يختارُ مَحجورُه بعدَ زَوالِ حَجْرِه غيرَ ما اختارَه هو ، نَعَم له العفوُ على الأرشِ في حَقِّ المجنونِ الفقيرِ [3] كما سَيأتي في الجِنايات ، إذ لا غايةَ لِلجُنونِ بخلافِ الصِّبا **(ولا يُعتقُ)** عنه رَقِيقَه في غيرِ الكَفَّارةِ المُرتَّبةِ ، ولو بعِوَضٍ [4] **(ولا يُكاتبُ)** هـ **(ولا يهَبُ)** ماله **(بثوابٍ ولا غيرِه)** لأنَّها تبرُّعٌ ولأنَّ الهبةَ والعِتقَ لا يقصِدُ بهما العِوضَ ، نَعَم إنْ شَرَطَ ثَوابًا مَعلومًا في الهبةِ بغِبطَةٍ [5] جازَتْ بناءً على ما مَرَّ في الخيارِ من أنَّها إذا قُيِّدَتْ بثوابٍ مَعلومٍ كانت بَيْعًا ، ولا يُدَبِّرُ رَقِيقَه ، ولا يُعَلِّقُ عِتقَه بصِفةٍ كما يُؤخَذُ من مَنعِه من كِتابَته **(ولا يُطَلِّقُ زَوجَته ولا يُخالِعُها)** لأنَّ الطَّلاقَ لِمَن أخَذَ بالسَّاقِ ، ولا يَصْرِفُ مالَهُ لِلمُسابَقةِ كما سَيأتي في بابها .

ولا يُشترَى له ما يُسرِعُ فسادُه لِلتِّجارةِ ، وإنْ كان مُربحًا ، وله أن يزرَعَ له **(ولا يشتري له إلا من ثِقَةٍ)** فقد يخرُجُ المبيعُ مُستحِقًّا ، قال ابنُ الرِّفعَةِ : ولا يظهَرُ [6] جَوازُ شِراءِ الحيوانِ له لِلتِّجارةِ لِغَرَرِ الهلاكِ [7] **(ويأخُذُ له بالشُّفعَةِ عند**

= يتكرَّرُ ويعسُرُ معه الإشهادُ أمَّا مالُ تجارةٍ لا يتكرَّرُ كثيرًا فهو كغيرِه .

(١) (قوله : لا يُعامِلُ الطِّفلَ وصيٌّ) شَمِلَ مُعامَلَته لِنفسِه ولِمَحجورِه .

(٢) (قولُه ولا يقتصُّ له وليٌّ ، ولو أبًا) شَمِلَ ما لو ورِثَه ، وما لو جَنَى على طَرَفِه .

(٣) (قوله : نَعَم له العفوُ على الأرشِ في حَقِّ المجنونِ الفقيرِ إلخ) يُستثنَى من ذلك الوصيُّ كما نَقَلاه ، وأقرَّاه .

(٤) (قوله : ولو بعِوضٍ على الرَّقِيقِ) قد تقدَّمَ أنَّه لا يُعتقُ عنه في المرتبةِ أيضًا إلا في كَفَّارةِ القتلِ .

(٥) (قوله : بغِبطَةٍ) أي بمَصلَحةٍ .

(٦) (قوله : قال ابنُ الرِّفعَةِ : ولا يظهَرُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٧) (قولـه : لِغَرَرِ الهَلاكِ) قال شيخُنا : يُؤخَذُ من التعليلِ أنَّه لو رَأى أن يشتري له حَيوانًا مَذبوحًا ، ويُمكِنُ بَيْعُه بسُرعَةٍ جازَ شِراؤُه له .

المصْلَحةِ) (١) في الأخذ ، لأنَّه مَأمورٌ بفِعلِها ، ويترُكُ الأخذَ عندَ عَدَمِها فيه ، وإنْ عُدِمَتْ في التركة (٢) أيضًا كما اقتضاه كلامُه كغيرِه ، قال في المطْلَب : والنصُّ يُفهِمُه ، والآيةُ تشهَدُ له يعني قوله تعالى : ﴿ولا تقربوا مالَ اليتيمِ إلا بالتي هي أحسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] (فإنْ ترَكَها مع) وُجودِ (الغِبطةِ) في الأخذ (لا) مع (عَدَمِها وبَلَغَ) أي الطِّفلُ (أخَذَها) ، لأنَّ تركَ الوليِّ حينئذٍ لم يدخُل تحت وِلايته فلا يفوتُ بتصَرُّفِه بخلافِ ما إذا ترَكَها لِعَدَمِ الغِبطَةِ ولو في الأخذ والتركِ مَعًا كما اقتضاه كلامُه كغيرِه ، فعِبارَتُه في هذه والتي قبلها أحسَنُ من عِبارَةِ أصلِه ، ولَم يُعَبِّر أصلُه فيما ذكَرَ بالغِبطَةِ بل بالمصلَحةِ وهي أعَمُّ ولو أخَذَ الوليُّ مع الغِبطَةِ ثم بَلَغَ الصَّبيُّ وأرادَ الرَّدَّ لم يُمكِنْ كما صَرَّحَ به الأصلُ (والقولُ قولُه) بيمينِه (٣) بعدَ زَوالِ حَجْرِه في أنَّ الوليَّ ترَكَ الأخذَ مع الغِبطَةِ فيلزَمُ الوليَّ البيِّنَةُ (إلا على أبٍ أو جَدٍّ قال : إنَّها تُرِكَتْ لِغيرِ غِبطَةٍ) فلا يُقبَلُ قولُه عليه كما مَرَّ في بَيْعِ العقارِ .

(ولا أُجرَةَ لِلوليِّ) ولا نَفقَةَ في مالِ مَحجورِه (فإنْ كان فقيرًا ، وشُغِلَ) بسَبَبِه (عن الاكتساب أخَذَ الأقلَّ من الأُجرَةِ والنفقَةِ بالمعروف) قال تعالى : ﴿ومَن كان غَنيًّا فليستعفِف (٤) ، ومَنْ كان فقيرًا فليأكُل بالمعروفِ﴾ [النساء : ٦] وكالأكلِ غيرُه من بَقِيَّةِ المؤَنِ ، وإنَّما خُصَّ بالذِّكرِ ، لأنَّه أعَمُّ وُجوه الانتفاعات ، ومَحَلُّ ذلك

---

(١) (قوله : ويأخُذُ له بالشُّفعَةِ عندَ المصلَحةِ) اعلَمْ أنَّهم قَطَعوا هنا بوُجوب أخذه بالشُّفعَةِ وحَكوا وجهَيْنِ فيما إذا بيعَ شيءٌ بغبطَةٍ هل يجِبُ شِراؤُه ، والفرقُ أنَّ الشُّفعَةَ تثبُتُ ، وفي الإهمالِ تفويتٌ ، والتفويتُ مُمتنعٌ بخلافِ الاكتساب .

(٢) (قوله : وإنْ عُدِمَتْ في التركَةِ أيضًا إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : والقولُ قولُه بيمينِه إلخ) في فتاوى القفَّالِ لو اختلَف هو والمُشتري في ذلك وأنَّ وليَّه ترَكَ الأحظَّ فالقولُ قولُ الصَّبيِّ بيمينِه إلا أن يُقيمَ المُشتري بَيِّنَةً على أنَّ الوليَّ ترَكَ ذلك لِما فيه من الحظِّ .

(تنبيهٌ) زَوَّجَ ابنَته وادَّعَى أنَّه قبَضَ المُعَجَّلَ من صَداقِها بإذنِها له في ذلك فأفتى البُرهانُ المراغيُّ بأنَّ ذلك لَبسٌ فكالحجْرِ عنها ، وتُسمَعُ دَعواه بعدَ ذلك أنَّها تحت حَجرِه وبمِثلِه أفتى القاضي بَدرُ الدِّينِ بنُ جَماعَةَ فيمَنْ له بنتٌ بالِغَةٌ تحت حَجرِه فاستدانَ شيئًا وضَمِنَتْه البنتُ بإذنِ أبيها فقال : لا يكونُ ذلك مُتضَمِّنًا لِفكِّ الحجْرِ عنها ، ولو سَعَى شَخصٌ في فِكاكِ أسيرٍ وكان يجْمَعُ له المالَ من الصَّدَقات وغيرِها ، وهو فقيرٌ فله أن يأكُلَ منه كوليِّ اليتيمِ .

(٤) (قوله : قال تعالى ﴿ومَن كان غَنيًّا فليستعفِف﴾ الآيةَ ، ولأنَّه تصَرُّفٌ في مالِ مَنْ لا تُمكِنُ موافقَتُه فجازَ له الأخذُ بغيرِ إذنِه كَعامِلِ الصَّدَقات .

في غيرِ الحاكمِ أمَّا الحاكمُ فليس له ذلك لِعَدَمِ اختصاصِ وِلايته بالمحجورِ عليه بخلافِ غيرِه حتى أمينِه كما صَرَّحَ به المحامِليُّ ، وله أن يستقِلَّ بالأخذ من غيرِ مُراجَعَةِ الحاكِمِ ، ولا يخفى أنَّه إذا نَقَصَ أجرُ الأب والجدِّ والأُمِّ - إذا كانت وصيَّةً - عن نفقَتهم وكانوا فُقَراءَ يُتمِّمونَها من مالِ مَحْجورِهم ؛ لأنَّها إذا وجَبَتْ بلا عملٍ فمع العمَلِ أولى (ولا يضمَنُه) أي ما أخَذَه لِظاهرِ الآيةِ ؛ ولأنَّه بَدَلُ عملِه كالإمام إذا أخَذَ الرِّزْقَ من بَيْت المالِ (وعليه استِمْنَاء مالِه قدرَ المؤَنِ إنْ أمكَنَ بلا مُبالَغَةٍ) في ذلك (وليس عليه أنْ يشتري له إلا بعدَ استغنائِه عن الشِّراءِ لِنفسِه) فإنْ لم يستغنِ عنه قَدَّمَ نفسَه (وإنْ تضَجَّرَ الأبُ) وإنْ عَلا (فله الرَّفعُ إلى القاضي لِيَنْصِّبَ قَيِّمًا بأُجْرَةٍ) [(١)] من مالِ مَحْجورِه (وله ذلك) أي أنْ يَنْصِبَ غيرَه بها (بنفسِه) وسَتأتي زيادَةٌ على ذلك في النِّكاحِ مع أنَّ الأصلَ إنَّما ذكرَ قوله وعليه استِمْناء مالِه إلى آخرِه ثَمَّ .

(فصلٌ : ولِلوليِّ خَلطُ مالِه بمالُ الصَّبيِّ) كما سَيأتي في الإيصاءِ أيضًا (ومُؤَاكلَتُه) لِلإرفاقِ ؛ ولِقولِه تعالى : ﴿وإنْ تُخالِطوهم فإخوانُكم﴾ [البقرة : ٢٢٠] هذا إنْ كان لِلصَّبيِّ فيه حَظٌّ كما قاله العِمرانيُّ وغيرُه ، وإلا امتنَعَ ؛ لقوله تعالى : ﴿ولا تقرَبوا مالَ اليتيمِ إلا بالتي هي أحسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] .

(ويُستحَبُّ لِلمُسافِرينَ خَلطُ أزوادِهم وإنْ تفاوتوا في الأكْلِ) لأخبارٍ صحيحةٍ ورَدَتْ فيه (ويُنْفِقُ عليه الوليُّ ويكسوه) وُجوبًا (بالمعروفِ ويُخرِجُ) وُجوبًا (الزَّكاةَ من مالِه وأرشَ الجِنايةِ وإنْ لم يُطلَب) ذلك منه (ونَفقةُ القريبِ إنْ طُلِبَتْ) منه لِسُقوطِها بمُضيِّ الزَّمانِ ، نَعَم إنْ كان القريبُ طِفلا أو مجنونًا أو عاجِزًا عن الإرسالِ كَزَمِنٍ أخرجَها بلا طَلَبٍ ، لكنْ إنْ كان له / وليٌّ خاصٌّ فينبغي اعتبارُ طَلَبِه ٢١٤/٢
وكالصَّبيِّ في ذلك - وفيما يأتي في الفرعِ والفصلِ الآتيينِ - المجنونُ والسَّفيه ، وتقَدَّمَ في أوَّلِ كِتاب الزَّكاةِ أنَّ مَحَلَّ وُجوب إخراجِها على الوليِّ إذا كان مِمَّنْ يرى وُجوبَها ، وفي وُجوب إخراجِها وإخراجِ أرشِ الجِنايةِ بلا طَلَبٍ نَظَرٌ ، وقد تقدَّمَ في كِتاب التفليسِ أنَّ الدَّيْنَ إنَّما يجِبُ أداؤُه بالطَّلَب ، ويُفرَّقُ بأنَّ ذاكَ ثَبَت بالاختيارِ فتوقَّف

(١) (قوله : فله الرَّفعُ إلى القاضي لِيَنْصِّبَ قَيِّمًا بأُجْرَةٍ) قال شيخُنا فلو طَلَبَ منه أنْ يفرِضَ له أُجْرَةً لَم يُجِبه لا يُخالِفُه ما تقدَّمَ من أنَّ له أنْ يستبدَّ بأخذ أقلِّ الأمرَيْنِ بشرطِه ؛ لأنَّه لو قَدَّرَ له أُجْرَةً لَصارَتْ لازِمَةً لا تسقُطُ بخلافِ أخذه فإنَّ كُلَّ مُدَّةٍ مَضَتْ ولَم يأخُذ فيها شيئًا سَقَطَ حُكمُها .

وُجوبُ أدائِه على طَلَبه (١) بخلافِ ما هنا .

(فرعٌ : ويجوزُ) له **(السَّفرُ والتسفيرُ بمالِه مع ثِقَةٍ ولو بلا ضَرورَةٍ)** من نحوِ حَريقٍ أو نَهبٍ ، لأنَّ المصْلَحةَ قد تقتضي ذلك ، والوليُّ مأمورٌ بها بخلافِ المودِعِ إذا لم تكُنْ ضَرورَةٌ هذا إنْ سافرَ أو سَفَّرَ بمالِه **(في طَريقٍ آمِنٍ)** وإلا فلا يجوزُ ، وقَضيَّةُ كلامِه أنَّ هذا شرطٌ في حالَتيِ الضَّرورَةِ وعَدَمِها ، وقَضيَّةُ كلامِ أصلِه هنا أنَّه شرطٌ في حالَةِ عَدَمِها فقَطْ ، قال الأذْرَعيُّ : وفيه نَظَرٌ ، ويُشبه أنْ يُقال (٢) : إنْ كان البلَدُ أخوف جازَ ذلك ، أو الطَّريقُ فلا ، وإنِ استويا فترَدَّدَ والأوجَه المنْعُ **(لا)** في **(بَحْرٍ)** وإنْ غَلَبَتْ سَلامَتُه ، لأنَّه مَظِنَّةُ عَدَمِها .

(ولا يركَبُ بالصَّبيِّ البحرَ) وإنْ غَلَبَتْ سَلامَتُه **(كمالِه)** هذا من زيادَته تبعَ فيه الإسنَويَّ ، وهو قِياسٌ حَسَنٌ موافِقٌ لِقولِهم : إنَّ وليَّه يمنَعُ من قَطْعِ سِلعَته إنْ لم يزِد خَطَرُ تركِها ، وقد يُفرَّقُ على بُعدٍ (٣) بأنَّه إنَّما حُرِّمَ ذلك في مالِه لِمنافاته غَرَضَ وِلايته عليه من حِفْظِه وتنميته بخلافِه هو ، فيجوزُ أنْ يُركِبَه البحرَ إذا غَلَبَتْ سَلامَتُه ، كما يجوزُ إركابُ نفسِه ، وقاسَ الإسنَويُّ على ما ذُكِرَ أيضًا تحريمَ رُكوب الحامِلِ حتى تضعَ الحملَ وتسقيه اللِّبَأ بل وتفطِمُه إنْ تعَيَّنَتْ لِلإرضاعِ ، وإلا ففيه نَظَرٌ ، قال : وقِياسُه أيضًا تحريمُ إركاب البهائمِ وكذا الزَّوجةُ والأرِقَّاءُ البالِغونَ عندَ عَدَمِ رِضاهم إلا إنْ كان الإركابُ لِنَقلِهم من دارِ الشِّركِ إلى دارِ الإسلامِ فيجوزُ ، قال الأذْرَعيُّ : والصَّوابُ عَدَمُ تحريمِ إركاب البهائمِ والأرِقَّاءِ عندَ غَلَبةِ السَّلامَةِ ،

---

(١) (قولُه ويُفرَّقُ بأنَّ ذلك ثَبَت بالاختبارِ فتوقَّف واجبُه على الطَّلَب إلخ) ويوفَّى عنه دَيْنَ الآدَميِّ إذا طَلَبَه صاحِبُه فإنْ لَم يطلُبه فإنْ كان مالُ المحجورِ ناضًّا ألزَمَه قبضَ دَيْنِه أو الإبراءَ منه خوفًا من تلَفِ مالِه ، وإنْ كان عقارًا ترَكَه على خيارِه في المُطالَبةِ إذا شاءَ قاله الماورديُّ ، وهو ظاهِرٌ إذْ كان الدَّيْنُ لِرَشيدٍ فإنْ كان لِمَحجورٍ عليه أيضًا حَرُمَ التأخيرُ مُطلَقًا .

(٢) (قوله : ويُشبه أنْ يُقال إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وقد يُفرَّقُ على بُعدٍ بأنَّه إلخ) وأُجيبَ بأنَّهم جوَّزوا إركابَ الصَّبيِّ وإحضارَه صَفَّ القِتالِ ليعتادَ الجِهادَ ، وإنْ خيف عليه القتلُ والسَّبيُ لِما في ذلك من التمرينِ على العِبادَةِ فإركابُه البحرَ مع غَلَبةِ السَّلامَةِ ، إذْ هو الغرَضُ لِتمرينِه واعتيادِه فيتوصَّلُ به إلى مَصالِحِه الدِّينيَّةِ والدُّنيويَّةِ من حَجٍّ وتجارَةٍ إذا بَلَغَ سِيَّما إذا كانتْ حِرفتُه برُكوبه كيف لا يجوزُ ، وهذا المعنَى مُنتفٍ في السَّفرِ بمالِه ، إذْ لا تمرينَ فيه مع التغريرِ ، والمرورُ تحت الحائطِ المائِلِ جائزٌ إذا غَلَبَت السَّلامَةُ فإذا غَلَبَت السَّلامَةُ في رُكوب الحوامِلِ البحرَ كيف لا يجوزُ رُكوبهنَّ .

وكذا رُكوبُ الحامِلِ .

(فصلٌ : لا يجوزُ لِغيرِ القاضي إقراضُ مالِ الصَّبيِّ إلا لِضَرورَةٍ كَسفرٍ) أو نَهبٍ أمَّا القاضي فله ذلك مُطلَقًا لكثرَةِ أشغالِه ، ونَقَله الرَّافِعيُّ في القضاءِ [١] على الغائِب أنَّ لِلأب ذلك كالقاضي ، وإذا أقرَضَه القاضي أو غيرُه **(فيُقرِضُه)** وفي نُسخَةٍ : ويُقرِضُه **(مَليًّا أمينًا ويأخُذُ رَهنًا إنْ رَأى)** في أخذه مَصلَحةً ، وإلا ترَكَه [٢] **(ولا يودِعُه أمينًا إلا إنْ عُدِمَ ذلك)** أي التمَكُّنُ من إقراضِه

(فصلٌ : ويُستحَبُّ) لِلقاضي **(أنْ يُشهِدَ على حَجرَ السَّفيه)** إذا حُجِرَ عليه **(وإنْ رَأى النِّداءَ عليه ليُجتنَبَ)** في المُعامَلَةِ **(فعَلَ ويُجبرُ الصَّبيُّ والسَّفيهُ على الاكتساب)** إنْ كان لهما كَسبٌ ليرتفِقا به في النفقَةِ وغيرِها **(ولِلسَّفيه)** إذا وجَبَ له قِصاصٌ **(أنْ يقتصَّ وأنْ يعفو)** بمالٍ وبدونِه بناءً على أنَّ الواجِبَ بجِنايةِ العمدِ القِصاصُ عَيْنًا **(فإنْ عَفا على مالٍ قبَضَه وليُّه)** لا هو ؛ لأنَّه ممنوعٌ من التصَرُّفِ الماليِّ كما مَرَّ د .

* * *

(١) (قولُه ونَقَلَ الرَّافِعيُّ في القضاءِ على إلخ) هو وجهٌ ضعيفٌ .

(٢) (قوله : ويأخُذُ به رَهنًا إنْ رَأى في أخذه مَصلَحةً ، وإلا ترَكَه) قال في الخادِمِ : وهذا مُخالِفٌ لِجَزمِه في باب الرَّهنِ أنَّه يُشترَطُ في إقراضِ مالِه أخذُ الرَّهنِ ، وهو الصَّوابُ وقد سَبَقَ في البيعِ نَسيئَةً أنَّه لا بُدَّ من الرَّهنِ على الصَّحيحِ ، وقد يُفرَّقُ بينه وبين القرضِ بأنَّه مُتمَكِّنٌ من المُطالَبةِ به مَتى شاءَ بخلافِ البيعِ ، فقد يُسرِعُ مَن عليه في ضَياعِ مالِه ، ولا يتمَكَّنُ من مُطالَبَته فاحتيجَ إلى الاستيثاقِ بالرَّهنِ .

(تنبيهٌ) لو كان لِلمولَّى عليه بُستانٌ فأجَّرَ وليُّه بَياضَ أرضِه بأُجرَةٍ بالِغَةٍ وافيةٍ بمِقدارِ مَنفعَةِ الأرضِ وقيمَةِ الثمَرَةِ ثم ساقَى على الشجَرِ على سَهمٍ من ألفِ سَهمٍ ، والباقِي لِلمُستأجِرِ كما جَرَت به العادَةُ فالظَّاهرُ صِحَّةُ المُساقاةِ قاله ابنُ الصَّلاحِ في فتاويه ، وهي مَسألَةٌ نَفيسَةٌ ، وذكَرَها الإسنَويُّ في كِتابه الألغازِ عنه وقال هي مَسألَةٌ حَسَنَةٌ وحُكمُها مُتَّجَهٌ .

(كِتابُ الصُّلْحِ)

وما ذُكِرَ معه من التزاحُمِ على الحقوقِ والتنازُعِ فيها

والصُّلحُ لُغَةً : قَطْعُ النِّزاعِ . وشرعًا : عَقدٌ يحْصُلُ به ذلك ، وهو أنواعٌ صُلحٌ بين المُسلِمينَ والكُفَّارِ ، وبين الإمامِ والبُغاةِ ، وبين الزَّوجَيْنِ عندَ الشِّقاقِ ، وصُلحٌ في المُعامَلَةِ ، وهو مَقصودُ الباب ، والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ قوله تعالى : ﴿والصُّلحُ خَيْرٌ﴾ [النساء : ١٢٨] وخَبَرُ «الصُّلحُ جائِزٌ بين المُسلِمينَ إلا صُلحًا أحلَّ حَرامًا (١) أو حَرَّمَ حَلالا» رواه ابنُ حِبَّانَ وصحَّحَه والكُفَّارُ كالمُسلِمينَ وإنَّما خَصَّهم بالذِّكْرِ لانقِيادِهم إلى الأحكامِ غالِبًا ، ولَفظُه يتعَدَّى لِلمَتروكِ بِـ «من» و«عن» ولِلمَأخوذ بِـ «على» و«الباءِ» .

(وفيه ثَلاثةُ أبوابٍ) :

(الأوَّلُ في أحكامِه / : فلا يصِحُّ مع الإنكارِ) أو السُّكوت من المُدَّعَى عليه ٢/٢١٥ (ولو في صُلحِ الحطيطَةِ) إذ لا يُمكِنُ تصحيحُ التمليكِ مع ذلك لاستلزامِه أنْ يملك المُدَّعي ما لا يملِكُه (٢) ويتملَّكَ المُدَّعَى عليه ما يملِكُه ، (ولا) يصِحُّ (من غيرِ سَبقِ خُصومَةٍ) بينهما فلو قال من غيرِ سَبقِها : صالِحْني عن دارِك على كذا لم يصِحَّ ؛ لأنَّ لَفظَ الصُّلحِ يستدعي تقَدُّمَ خُصومَةٍ (إلا إنْ نَويا به البيعَ) فيصِحُّ وإنْ لم تتقَدَّم خُصومَةٌ فعُلِمَ أنَّه كِنايةٌ (٣) .

---

(١) (قوله : إلا صُلحًا أحلَّ حَرامًا إلخ) الصُّلحُ الذي يُحِلُّ الحرامَ أنْ يُصالِحَ على خَمرٍ أو نحوِه أو من دراهمَ على أكثرَ منها ، والذي يُحَرِّمُ الحلالَ أنْ يُصالِحَ زَوجَته على أنْ لا يُطَلِّقَها أو نحو ذلك ، ومنه الصُّلحُ على الإنكارِ ، لأنَّه إنْ كان المُدَّعي كاذِبًا فقد استحَلَّ به مالَ المُدَّعَى عليه ، وهو حَرامٌ ، وإنْ كان صادِقًا فقد حَرُمَ عليه مالُه الحلالُ ؛ لأنَّه يستحِقُّ جَميعَ ما يدَّعيه .

(٢) (قوله : لاستلزامِه أنْ يملك المُدَّعي ما لا يملِكُه إلخ) ؛ لأنَّ المُدَّعي إنْ كان كاذِبًا فقد استحَلَّ مالَ المُدَّعَى عليه ، وهو حَرامٌ ، أو صادِقًا فقد حَرُمَ عليه مالُه الحلالُ فدَخَلَ في قولِه ﷺ : «إلا صُلحًا أحلَّ حَرامًا أو حَرَّمَ حَلالا» .

(٣) (قوله : فعُلِمَ أنَّه كِنايةٌ) وما زَعَمه ابنُ الرِّفعَةِ من أنَّ اللَّفظَ مُنافٍ لِلمَعنَى مَردودٌ ؛ ....=

(وهو) أي الصُلحُ (نوعانِ الأوَّلُ صُلحُ مُعاوضَةٍ وهو بَيْعٌ) من المُدَّعي لِلمُدَّعَى عليه إنْ كان العِوضُ عَيْنًا (فَمَنْ خوصِمَ في دارٍ [١] ، وأقرَّ بها) لِلمُدَّعي (ثم صالَحَ عنها بثوبٍ ونحوِه فقد اشتراها به فتلزَمُ) فيه (أحْكامُ البيعِ كُلُّها من البُطْلانِ بالغرَرِ والجهلِ) وغيرِهما ، ولا حاجةَ لِلجَمعِ بينهما ، ولو قال : كالغرَرِ بل لو قال : كالبُطْلانِ بالغرَرِ كان أولى ؛ إذ من أحكامِ البيعِ أيضًا ثُبوتُ الشُّفعَةِ والخيارِ والرَّدِّ بالعيبِ ، ومَنعِ التصرُّفِ قبلَ القبضِ (، وحُكْمُ الرِّبا) [٢] أي ويلزَمُ فيه أيضًا حُكْمُ بَيْعِ الرِّبَويِّ (و) بَيْعِ (الزَّرعِ الأخضَرِ) نَصَّ عليهما مع دُخولِهما فيما قبلهما لِئَلاَّ يُتوهَّمَ عَدَمُ دُخولِهما فيه ؛ لِخُروجِهما عن سائرِ البُيوعِ (فإنْ كان العِوضُ مَنفعَةً) وصالحَ عليها (مُدَّةً معلومَةً فهو إجارَةٌ) [٣] فيثْبُتُ فيه حُكْمُها (وإنْ صالحَ عن دَيْنٍ) غيرِ دَيْنِ السَّلَمِ [٤] (صحَّ ولو بدَيْنٍ) كذلك (لكنْ بشرطِ تعيينِه) أي الدَّيْنِ (في المجْلِسِ) ليخرُجَ عن بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ (ولو لم يقبض) في المجْلِسِ فإنَّه يصِحُّ (إنِ اجتنَبَ الرِّبا) بأنْ لم يكُنِ العِوضانِ رِبوِيَّيْنِ ، وإلا اُشتُرِطَ القبضُ فيه أيضًا .

النوعُ (الثاني : صُلحُ الحطيطَةِ فمَنْ صالَحَ عن عَيْنٍ أو دَيْنٍ بالنِّصفِ أو بالثُّلُثِ) مَثَلا (فهو في العينِ هبةٌ لِلبعضِ) الباقِي (فيُشترَطُ) فيه (القبولُ والقبضُ بالإذْنِ) فيه [٥] (وفي الدَّيْنِ إبراءٌ) عن الباقِي فتثْبُتُ فيه أحْكامُه

= لأنَّ لَفظَ الصُلحِ لا يُنافِي البيعَ ، وإنَّما لَمْ يصِحَّ لِفقدِ شرطِه بخلافِ ، وهَبتُكَه بعَشَرَةٍ ، فإنَّ لَفظَ الهبةِ يُنافِي البيعَ فاستُعمِلَ اللَّفظُ فيها في غيرِ مَعناه بالكُلِّيَّةِ ، وفي قولِه : «صالِحْني» استعمَله في مَعناه لكن بدونِ شرطِه والفرقُ المذكورُ مَبنِيٌّ على الرَّأيِ المرجوحِ القائِلِ بعَدَمِ انعِقادِ الهبةِ ذاتِ الثواب .

(١) (قوله : فمَنْ خوصِمَ في دارٍ إلخ) لو صالَحَ من عَيْنٍ على دَيْنٍ ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ فظاهِرٌ أنَّه بَيْعٌ ، أو عبدٍ أو ثَوبٍ مَثَلا موصوفٍ بصِفةِ السَّلَمِ فظاهِرٌ أنَّه سَلَمٌ وسَكَت الشيخانِ عن ذلك لِظُهورِه ولو ادَّعَى عليه ألفًا فقال : صالِحْني منها على خَمسِمِائَةٍ ووهَبْني خمسَمِائَةٍ ولي بَيِّنَةٌ ، وعَجَزَ عن البيِّنَةِ قال البغَوِيّ : فلا يكونُ إقرارًا ؛ لأنَّه لَم يُقِرَّ أنَّه يلزَمُه وقد يُصالِحُ على الإنكارِ وكذا لو أقامَ بَيِّنَةً على وفْقِ قولِه لا يُحْكَمُ بالباقِي اهـ وصَرَّحوا بأنَّ قولَه : وهَبْني كذا كَقولِه : أبرأْني .

(٢) (قوله : وحُكْمُ الرِّبَا) بالجرِّ عَطفًا على البُطْلانِ أو بالرَّفعِ عَطفًا على : أحْكامُ .

(٣) (قوله : فهو إجارَةٌ) فيصِحُّ بلَفظِها ولَفظِ الصُلحِ لا البيعِ .

(٤) (قوله : غيرُ دَيْنِ السَّلَمِ) أي ونحوُه مِمَّا لا يصِحُّ الاعتياضُ عنه .

(٥) (قوله : والقبضُ بالإذْنِ فيه) أي بمُضِيِّ زَمَنٍ إمكانِه منه ويثْبُتُ الرُّجوعُ لِمُدَّعي الأصلِ .

(**ويصِحُّ هذا الإبراءُ بلَفظِ الصُّلحِ**) لأنَّ خاصِّيَّته - وهي سَبقُ الخُصومَةِ - قد وُجِدَتْ وهذا مَعلومٌ من أوَّلِ كلامِه ، كما عُلِمَ منه صِحَّةُ الهبةِ بذلك (**فلو قال : صالَحتُك عن الألفِ الذي عليك بخَمسِمِائَةٍ صحَّ واشترَطَ القبولَ**) ؛ لأنَّ لَفظَ الصُّلحِ يقتضيه (**بخلافِ لَفظِ الإبراءِ**) ونحوِه كالإسقاطِ [(١)] لا يُشترَطُ فيه القبولُ كَـ «أبرَأتُكَ من خَمسِمِائَةٍ من الألفِ الذي عليكَ» أو «حَطَطتُها عنك أو أسقطتُها عنك وصالَحتُك بالباقِي» [(٢)] (**ولا يُشترَطُ تعيينُ الباقِي**) هذا أولى من قولِ أصلِه قبضُ الباقِي (**في المجلِسِ فلو كانت الخمسُمِائةِ**) المُصالَحُ بها (**مُعَيَّنَةً لم يصِحَّ**) لأنَّ تعيينَها يقتضي كونَها عِوَضًا فيصيرُ بائعًا لألفٍ بخَمسِمِائَةٍ بخلافِ ما إذا لم تكُنْ مُعَيَّنَةً ، وهذا تبعَ فيه كالإسنَوِيِّ الإمامَ ، ومُقتضَى كلامِ الأصلِ الصِّحَّةُ [(٣)] ، وأنَّ ما قاله الإمامُ ضعيفٌ ، قال الرَّافِعِيُّ عَقِبَه : ولِلأوَّلِ أنْ يمنَعَه ويقولَ : الصُّلحُ منه على بعضِه إبراءٌ لِلبعضِ واستيفاءٌ لِلباقِي ، وعلى الصِّحَّةِ جَرَى البغَوِيّ والخوارِزميّ والمُتولِّي وغيرُهم .

(**وأمَّا**) الصُّلحُ (**على الإنكارِ فلا يصِحُّ في الحالَيْنِ**) أي حالَيْ تعيينِ الخمسِمِائَةِ وعَدَمِ تعيينِها ، وهذا من زيادَته هنا ، وكذا قولُه قبلُ فلا يصِحُّ مع الإنكارِ ، ولو في صُلحِ الحطيطَةِ ، ولا حاجةَ إليهما ؛ لأنَّه كأصلِه عقدَ فيما يأتي لِلصُّلحِ على الإنكارِ فصْلًا (**ولا يصِحُّ**) الصُّلحُ (**بألفٍ حالٍّ أو صحيحٍ عن ألفٍ مُؤَجَّلٍ أو مُكَسَّرٍ**) ؛ لأنَّه وعدٌ من المديونِ بإسقاطِ الأجَلِ والتكسيرِ ، وهما لا يسقُطانِ (**ولا عَكْسُه**) أي لا يصِحُّ بألفٍ مُؤَجَّلٍ أو مُكسَّرٍ عن ألفٍ حالٍّ أو صحيحٍ ؛ لأنَّه وعدٌ من الدَّائِنِ بإلحاقِ الأجَلِ والتكسيرِ وهما لا يلحَقانِ (**لكن مَنْ عَجَّلَ مُؤَجَّلًا**) أو أدَّى صحيحًا عن مُكَسَّرٍ (**جازَ**) لِلدَّائِنِ (**قبولُه**) فيسقُطُ الأجَلُ والتكسيرُ لِصُدورِ الإيفاءِ والاستيفاءِ من أهلِهما ، نَعَم إنْ ظَنَّ المُؤَدِّي صِحَّةَ الصُّلحِ لم يسقُطْ ذلك كما مَرَّ نَظِيرُه فيما لو شَرَطَ بَيْعًا في بَيْعٍ وأتَى بالثاني على ظَنِّ الصِّحَّةِ نَبَّهَ عليه ابنُ الرِّفعَةِ [(٤)] وغيرُه .

---

(١) (قوله : ونحوُه كالإسقاطِ) أي والهبةِ والحطِّ والتركِ والإخلالِ والتحليلِ والعفوِ والوضعِ .

(٢) (قوله : وصالحتُك بالباقِي) قال شيخُنا : إنَّما قال : وصالحتُك بالباقِي مع أنَّه لو اقتصَرَ على لَفظِ الإبراءِ كَفَى ؛ لأنَّ كلامَه فيما يأتي فيه أحكامُ الصُّلحِ كَسَبقِ الخُصومَةِ فإنْ لَمْ توجَد شُروطُ الصُّلحِ لَمْ يصِحَّ الإبراءُ حينَئِذٍ ؛ لأنَّ الكلامَ بآخرِه .

(٣) (قوله : ومُقتضَى كلامِ الأصلِ الصِّحَّةُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : نَبَّهَ عليه ابنُ الرِّفعَةِ وغيرُه) وقد عَدَلَ المُصَنِّفُ عن تعبيرِ أصلِه بالسُّقوطِ لِئلَّا .....=

٢١٦/٢ / (ومَن صالَحَ عن ألفٍ حالٌّ بخَمسِمِائَةٍ مُؤَجَّلَةٍ فليس بمُعاوضَةٍ) بل هو مُسامحَةٌ بحَطِّ خَمسِمِائَةٍ وبإلحاقِ أجَلٍ بالباقِي ، والأوَّلُ سائِغٌ دونَ الثاني (فيصِحُّ الإبراءُ) من الخمسمِائَةِ (لا التأجيلُ ، وفي عَكسِه) بأن صالَحَ عن ألفٍ مُؤَجَّلٍ بخَمسِمِائَةٍ حالَّةٍ (يبطُلُ) ، لأنَّه ترَكَ بعضَ المِقدارِ لِيَحصُلَ الحُلولُ في الباقِي ، والصِّفةُ بانفِرادِها لا تُقابَلُ بعِوضٍ ، ولأنَّ صِفةَ الحُلولِ لا يصِحُّ إلحاقُها بالمُؤَجَّلِ ، وإذا لم يحْصُل ما ترَكَ من القدرِ لأجلِه لم يصِحَّ التركُ .

(فرعٌ : لا يصِحُّ صُلحُ الحطيطَةِ ، ولا الصُّلحُ عن القِصاصِ) في نفسٍ أو دونَها (ولا صُلحُ الكُفَّارِ) عن الكَفِّ عن دِمائِهم وأموالِهم (على مالٍ بلَفظِ البيعِ) ، إذ لا دَخلَ له فيها ، ولأنَّ العينَ في الأُولى مِلكُ المُدَّعي فإذا باعَها ببعضِها فقد باعَ مِلكَه بمِلكِه أو باعَ الشيءَ ببعضِه ، وهو مُحالٌ (بخلافِ غيرِها) من بَقِيَّةِ صورِ صُلحِ المُعاوضَةِ يصِحُّ بلَفظِ البيعِ ، لأنَّه بَيْعٌ ، وتعبيرُه بمالٍ في صُلحِ الكُفَّارِ قاصِرٌ بخلافِ تعبيرِ أصلِه بشيءٍ يأخُذُه منهم فإنَّه يتناولُ غيرَه كَفكِّ أسرَى مِنَّا في أيديهم [١] (ولو صالَحَ عن إبلِ الدِّيةِ لم يصِحَّ) لِجَهْلِ صِفتها كما لو أسلَمَ في شيءٍ لم يصِفه .

(فرعٌ : وإنْ ترَكَ الوارِثُ حَقَّه لأخيه) مَثَلا كأنْ قال : ترَكْتُ حَقِّي (من التركَةِ) لَك (فقِيلَ لم يصِحَّ) وحَقُّه بحالِه لِتعَيُّنِ التمليكِ والقبولِ في أعيانِها والإبراءِ في دُيونِها ، وينبغي أنْ يكونَ ذلك كِنايةً [٢] حتى تصِحَّ مع النِّيَّةِ (وإنْ صالَحَ عن ألفِ درهَمٍ وخَمسينَ دينارًا مُعَيَّنَةً بألفَيْ درهَمٍ لم يجُزْ ، وإنْ كانت دَيْنًا) له في ذمَّةِ غيرِه فصالَحَ عنها بألفَيْ درهَمٍ (جازَ لاستيفاءِ الألفِ والاعتياضِ عن الذَّهَبِ بالألفِ الآخَرِ) أشارَ به إلى قولِ أصلِه : والفرقُ أنَّه إذا كان المبلَغُ في الذِّمَّةِ فلا ضَرورَةَ إلى تقديرِ المُعاوضَةِ فيه فيُجْعَلُ مُستوفيًا لأحدِ الألفيْنِ ومُعتاضًا عن الدَّنانيرِ الألفِ الآخَرِ ، وإذا كان مُعَيَّنًا كان الصُّلحُ عنه اعتياضًا ، فكأنَّه باعَ ألف درهَمٍ وخَمسينَ دينارًا بألفَيْ درهَمٍ ، وهو من صورِ مُدِّ عَجوةٍ بخلافِ مَسألَةِ الإمامِ السَّابقَةِ ، لأنَّ الصُّلحَ فيها صُلحُ حَطيطَةٍ فبَعُدَ فيها الاعتياضُ .

= يرِدَ عليه هذا .

(١) (قولُه فإنَّه يتناولُ غيرَه كَفكِّ أسرَى مِنَّا إلخ) هو مَفهومٌ من تعبيرِه بالأُولى .

(٢) (قوله : وينبَغي أنْ يكونَ ذلك كِنايةً إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) لو (صالحَه عن الدَّارِ المدَّعاةِ بسُكْناها سَنَةً فعاريةٌ لها يرجعُ فيها) مَتى شاءَ (ولا أُجرَةَ) له كما هو قَضيَّةُ العاريةِ (أو) صالحَه عنها (على) أي بشرطِ (سُكْناها سَنَةً بمَنفعةِ عبدِه سَنَةً فإجارةٌ بمَنفعةٍ) وقد عُلِمَ بما تقرَّرَ أنَّه ذكرَ مَنْ أقسامِ الصُّلحِ خَمسَةً البيعَ والإجارَةَ والهبةَ والإبراءَ والعاريَّةَ وبَقِي منها أشياءُ أُخَرُ منها السَّلَمُ [١] بأنْ يجعل المدَّعَى به رَأسَ مالِ سَلَمٍ ، والجعالَةُ كَصالحَتُك من كذا على رَدِّ عبدي ، والخُلعُ كَصالحَتُك من كذا على أنْ تُطَلِّقَني [٢] طَلقَةً ، والمُعاوضَةُ عن دَمِ العمدِ كَصالحَتُكَ من كذا على ما تستحِقُّه عليَّ أو على ما أستحِقُّه عليك من القِصاصِ ، والفِداءُ كَقولِه لِلحَربيِّ : صالحَتُك من كذا على إطْلاقِ هذا الأسيرِ ، والفسخ كأنْ صالحَ من المُسلَمِ فيه على رَأسِ المالِ ، وكأنَّه ترَكَها كَغيرِه لأخذها من الخمسَةِ المذكورَةِ .

(فصْلٌ : الصُّلحُ على الإنكارِ باطِلٌ) [٣] لِما مَرَّ ، وقِياسًا على ما لو أنكَرَ الخُلعَ

---

(١) (قوله : وبَقِي منها أشياءُ أُخَرُ منها السَّلَمُ إلخ) وفاته أربَعَةٌ لَم أرَ مَنْ ذكرَها : أنْ تقَعَ فرضًا لِلمُفوِّضَةِ ، وأنْ تقَعَ مُتعَةً ، وأنْ تقَعَ رَهنًا كَقوله : صالحَني من العينِ المدَّعاةِ على أن تكونَ رَهنًا عندي على مالي عليك من الدَّينِ ، وأنْ تقَعَ قَرضًا كَقولِه : صالحَني من العينِ المدَّعاةِ على أنْ أصرفَها في حَوائِجي ، وأرُدَّ لَكَ بَدَلها فيقولَ : صالحَتُك أو أقرَضتُك إيَّاها ، وتقَعُ أيضًا قُربةً في أرضٍ وُقِفتْ مَسجِدًا فادَّعاها شَخصٌ ، وأنكَرَ الوقف فصالحَه آخَرُ منها على مالٍ ذكرَه صاحِبُ الطِّرازِ فهذه سِتَّةَ عَشرَ نوعًا .

(٢) (قوله : كَصالحَتُكَ من هذا على أنْ تُطَلِّقَني) لو قال الزَّوجُ صالحَتُك من كذا على طَلقَةٍ فيُتَّجَه أيضًا صِحَّتُه .

(٣) (قوله : الصُّلحُ على الإنكارِ باطِلٌ) سَواءٌ أُجري على غيرِ المدَّعَى من عَينٍ أو دَينٍ أو مَنفعَةٍ أم على نفسِ المدَّعَى به ، أو بعضِه لا يُقالُ : إنَّه يصِحُّ على بعضِه لاتِّفاقِهما على أنَّه مُستحَقٌّ لِلمُدَّعي ، ولكنَّهما مُختلِفانِ في جِهَةِ الاستحقاقِ فالمدَّعي يزعُمُ استحقاقَ الكُلِّ وأنَّه وهَبَ النِّصفَ لِلمُدَّعَى عليه ، والمدَّعَى عليه يعكِسُ ذلك ، واختلافُهما في الجِهَةِ لا يمنَعُ الأخذَ ؛ لأنَّا نَقولُ : إذا اختلَفَ الدَّافِعُ والقابضُ في الجِهَةِ فالقولُ قولُ الدَّافِعِ وهو يقولُ : إنَّما بَذلت البعضَ لِدَفعِ الأذَى عَنِّي حتى لا يرفعَني إلى قاضٍ ، ويُقِيمُ عليَّ بَيِّنَةَ زورٍ ، والبذلُ لهذه الجِهَةِ باطِلٌ ، وكَتبَ أيضًا يُستثنَى من مَنعِ الصُّلحِ على الإنكارِ ما لو تداعَيا وديعَةً عندَ رَجُلٍ ، فقال : لا أعلَمُ لأيِّكُما هي أو دارًا في يدِهما ، وأقامَ كُلٌّ بَيِّنَةً ثم اصطَلَحا ، ومن ذلك اصطِلاحُ الورَثةِ فيما وُقِف بينهم كما سَيأتي إذا لَمْ يبذُل أحدٌ عِوضًا من خالِصِ مِلكِه ، وكذا لو طَلَّقَ إحدَى امرأتيه ، ومات قبلَ البيانِ ، ووقَف لهما نَصيبَ زَوجةٍ فاصطَلَحَتا .

والكِتابةَ ثم تصالحا على شيءٍ ، ولو أقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً بعدَ الإنكارِ (١) صحَّ الصُّلحُ لِثُبوتِ الحقِّ بها كَثُبوته بالإقرارِ قاله الماورديُّ ، ووافقَه الغزاليُّ (٢) بعدَ القضاءِ بالمِلكِ ، واستشكله قبله ؛ لأنَّ له سَبيلا إلى الطَّعنِ ، ولو ادَّعَى عليه عَيْنًا فقال : رَدَدتها إليك ثم صالحَه قال البغويّ في فتاويه : إن كانت في يدِه أمانةً لم يصِحَّ الصُّلحُ ؛ لأنَّ القولَ قولُه فيكونُ صُلحًا على إنكارٍ ، وإن كانت مَضمونَةً فقولُه في الرَّدِّ غيرُ مَقبولٍ وقد أقرَّ بالضَّمانِ فيصِحُّ الصُّلحُ (٣) ويُحتمَلُ بُطلانُه فإنَّه لم يُقِرَّ أنَّ عليه شيئًا وإذا صالحَ على الإنكارِ ، وكان المُدَّعي مُحِقًّا فيحِلُّ له فيما بينه وبين الله - تعالى - أن يأخُذَ ما بَذله قاله الماورديُّ ، وهو صحيحٌ في صُلحِ الحطيطَةِ ، وفيه فرضُ كلامِه .

فأمَّا إذا صالحَ على غيرِ المُدَّعَي ففيه ما يأتي في مَسألَةِ الظفرِ قاله الإسنَويُّ قال : ولو أنكرَ فصولِحَ ، ثم أقرَّ ، كان الصُّلحُ باطِلا قاله الماورديُّ (٤) ، ولِقائلٍ أن يقولَ :
٢١٧/٢ إذا أقرَّ بأنَّه كان مِلكًا لِلمَصالِحِ حينَ / الصُّلحِ فينبغي الصِّحَّةُ لاتِّفاقِهما على أنَّ العقدَ جَرَى بشُروطِه في عِلمِهما أو في نفسِ الأمرِ انتهى ، وفيه نَظَرٌ ؛ إذ شرطُ صِحَّةِ الصُّلحِ الإقرارُ ، وهو مُنتفٍ حالَ العقدِ .

(ولو قال : صالِحْني عن العينِ) التي تدَّعيها أو الدَّينِ الذي تدَّعيه **(لَم يكُنْ مُقِرًّا)** لأنَّه يُحتمَلُ أنْ يُريدَ قَطْعَ الخُصومَةِ فالصُّلحُ بعدَه صُلحٌ على إنكارٍ ، وكذا لو قال : صالِحْني عن دَعواك الكاذبةِ (٥) ، أو عن دَعواك بل الصُّلحُ عن الدَّعوى باطِلٌ مع الإقرارِ أيضًا ؛ لأنَّ الدَّعوى لا يُعتاضُ عنها ولا يبرأُ منها **(وإنْ قال بعني)**

---

(١) (قوله : ولو أقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً بعدَ الإنكارِ صحَّ) وكذا إذا حَلَفَ اليمينَ المردودَةَ .

(٢) (قوله : ووافقَه الغزاليُّ إلخ) وجَزَمَ صاحِبُ الكافي بهذا .

(٣) (قوله : فيصِحُّ الصُّلحُ) أي كما لو أنكرَ بعدَ إقرارِه .

(٤) (قوله : قاله الماورديُّ) ورَجَّحَه البُلقينيُّ وغيرُه قولُه وفيه نَظَرٌ ؛ إذ شرطُ صِحَّةِ الصُّلحِ الإقرارُ إلخ) قال البُلقينيُّ : الذي يظهَرُ أنَّها لا تتخرَّجُ على مَسألَةِ مَن باعَ مالَ أبيه على ظَنِّ أنَّه حَيٌّ فبانَ أنَّه مَيِّتٌ من جِهَةِ أنَّ المُدَّعَى عليه الذي صارَ مُشتريًا يدَّعي العينَ لِنفسِه فكيف يُعاوِضُ مِلكَه بِمِلكِه على مُعتقِدِه ظاهرًا ، فمن أجلِ هذا إقرارُه بعدَ ذلك لا يصِحُّ له الصُّلحُ ؛ لأنَّه كان له مَندوحةٌ عن ذلك بأنْ يُقِرَّ ثم يُصالِحَ فلَمَّا قَصَّرَ كان الصُّلحُ باطِلا بخلافِ البائعِ في مَسألَةِ مَن باعَ مالَ أبيه على ظَنِّ أنَّه حَيٌّ فإنَّ المُشتري منه لا يدَّعي العينَ لِنفسِه وليس منه تقصيرٌ لِجَرَى فيه الخلافُ والأصحُّ فيه الصِّحَّةُ .

(٥) (قوله : وكذا لو قال : صالِحْني عن دَعواك الكاذبةِ إلخ) أي أو الفاسِدَةِ .

أو هَبني [١] كما صَرَّحَ به الأصلُ (أو زَوِّجني) هذه (أو أبرِئني منه) أي مِمَّا تدَّعيه (فإقرارٌ) لأنَّه صَريحٌ في التماسِ التمَلُّكِ (أو) قال (: أعِرني أو أجِّرني فوجهانِ) أحدُهما : أنَّه إقرارٌ كقولِه : بعني .

والثاني : لا [٢] ، لأنَّ الإنسانَ قد يستعيرُ مِلكَه ويستأجِرُه من مُستأجِرِه ، ومن الموصَى له بمَنفعَته ، وهذا أوجَه نَعَم يظهَرُ أنَّه إقرارٌ [٣] بأنَّه مالِكٌ لِلمَنفعَةِ .

(ويصِحُّ إبراءُ المُنكِرِ ، ولو بعدَ التخليفِ) لأنَّ المُبرِئَ يستقِلُّ بالإبراءِ لِعَدَمِ افتقارِهِ إلى القبولِ فلا حاجةَ فيه إلى تصديقِ الغريمِ (ولو تصالحا بعدَ التحليفِ لم يجُز) بمَعنَى لم يحِلَّ ، ولَم يصِحَّ كما لو تصالحَا قبله ، ولأنَّ المُدَّعي لا يستقِلُّ بالصُّلحِ (ولو اختلَفا هل اصطَلَحا عن إقرارٍ) أو إنكارٍ (صُدِّقَ المُنكِرُ [٤] بيمينِه) ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الصِّحَّةِ .

(فصلٌ : وإنْ صالحَ عن المقِرِّ أجنَبيٌّ [٥] عن بعضِ العينِ) المُدَّعاةِ (أو عن كُلِّها بعَينٍ لِلمُدَّعَى عليه أو بعَشَرةٍ) مَثَلا (في ذمَّته بوكالَةٍ) لِلأجنَبيِّ ، ولو بأخبارِه (صحَّ) الصُّلحُ عن الموكِّلِ بما وكَّله به ، وصارَ المُصالَحُ عنه مِلكًا لِلمُدَّعَى عليه (وإلا) أي وإن صالحَ عنه بغيرِ وكالَةٍ (فلا) يصِحُّ لِعَدَمِ الإذنِ فيه فهو شِراءُ فُضوليٍّ وقد مَرَّ، وترَكَ من كلامِ أصلِه هنا صُلحَ الحطيطَةِ المعَبَّرِ عنه فيه بقولِه : على نِصفِ المُدَّعي ، وذكَرَ بَدَله الصُّلحَ عن بعضِ العينِ ، وتعبيرُه بعَينٍ لِلمُدَّعَى عليه أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه

---

(١) (قوله : أو هبني) أي أو مَلِّكني .

(٢) (قوله : والثاني لا) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه جَزَمَ به في الأنوارِ .

(٣) (قوله : نَعَم يظهَرُ أنَّه إقرارٌ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) لو أُبرِئَ المديونُ ثم ادَّعَى الجهْلَ بقدرِ المُبرأِ منه إن باشَرَ سَبَبَ الدَّينِ بنفسِه كالبيعِ والإجارَةِ أو روجِعَ إليه عندَ السَّبَب كالثيِّب في الصَّداقِ لَم يُقبل ، وإلا فيُقبَلُ قال شيخُنا : فإنِ ادَّعَى طُرُوءَ النِّسيانِ عليه صُدِّقَ بيمينِه ، وهي مَسألَةٌ أُخرَى ليس الكلامُ فيها .

(٤) (قوله : صُدِّقَ المُنكِرُ) ، لأنَّ الغالِبَ وُقوعُه عن إنكارٍ ولو صالحَ على الإنكارِ ثم قال : بَرِئتَ مِن الحقِّ أو أبرَأتُك عنه أو كان المُدَّعَى به عَينًا فقال مَلَّكتُها فله العودُ إلى الدَّعوى ولا مُؤَاخَذَةَ بالإقرارِ لِلعِلمِ بأنَّه مُستنِدٌ إلى ما جَرَى .

(٥) (قوله : وإن صالَحَ عن المقِرِّ أجنَبيٌّ إلخ) قال في الخادِمِ : شرطُ صِحَّةِ الصُّلحِ في هذه الصُّورَةِ كما قاله في البسيطِ أن لا يُعيدَ المُدَّعَى عليه الإنكارَ بعدَ دَعوى الوكالَةِ ، وإلا كان عَزْلا ، وأصلُه كلامُ الإمامِ وسَيأتي .

بعبدِه .

(فإنْ كان) الوكيلُ صالحَ عن المقِرّ (على عَيْنٍ ، والمالُ لِلوكيلِ) أو على دَيْنٍ في ذمَّته (فكَشِرائِه لِغيرِه) بإذنِه (بمالِ نفسِه وقد سَبَقَ) بَيانُه في الشرطِ الثالِثِ من شُروطِ المبيعِ ، وبَيَّنْت ثَمَّ أنَّه يصِحُّ العقدُ ، ويقَعُ لِلآذنِ ، وأنَّ المدفوعَ قَرضٌ لا هبةٌ (وإنْ صالحَ لِنفسِه) بعَيْنِ مالِه أو بدَيْنٍ في ذمَّته (صحَّ) له ، وإن لم يجْرِ معه خُصومَةٌ ؛ لأنَّ الصُّلحَ ترتَّبَ على دَعوى وجَوابٍ (وإنْ كان المُدَّعَى دَيْنًا فقال الأجنَبيُّ : وكَّلَني) المدَّعَى عليه (بمُصالحَتك على نِصْفِه أو ثَوبه هذا) فصالحَه (صحَّ) كما لو كان المُدَّعَى عَيْنًا (أو على ثَوبي هذا لم يصِحَّ) لأنَّه بَيْعُ شيءٍ بدَيْنِ غيرِه .

قال الزَّركَشيُّ : وهذا مُخالِفٌ لِما مَرَّ قبله في نَظِيرِه من صورِ العيْنِ أنَّه يصِحُّ العقدُ ويقَعُ لِلآذنِ ، وقد صَرَّحَ الإمامُ بأنَّ الخلاف فيهما سَواءٌ انتهَى والأوجَه ما أشارَ إليه من إلحاقِ هذه بتلك [(١)] فيصِحُّ ويسقُطُ الدَّيْنُ كمَنْ ضَمِنَ دَيْنًا وأدَّاه على أنَّ الرَّافِعيَّ لا تصحيحَ له في هذه ، وإنَّما التصحيحُ فيها من زيادَةِ النوويِّ (ولو صالحَ لِوكيلٍ عنه) أي عن الدَّيْنِ (لِنفسِه) بعَيْنٍ أو دَيْنٍ في ذمَّته (لَمْ يصِحَّ) ؛ لأنَّه ابتياعُ دَيْنٍ في ذمَّةِ غيرِه ، وهذا يُخالِفُ ما قَدَّمَه في باب المبيعِ قبلَ قبضِه من الصِّحَّةِ [(٢)] ، ويوافِقُ ما صحَّحَه في المنهاجِ من عَدَمِها كما قَدَّمته ثَمَّ ، وعِبارَةُ الأصلِ سالِمَةٌ من ذلك حيثُ قال : ولو صالحَ لِنفسِه على عَيْنٍ ، أو دَيْنٍ في ذمَّته فهو ابتياعُ دَيْنٍ في ذمَّةِ الغيْرِ وقد سَبَقَ بَيانُه .

(فإنْ صالحَه أجنَبيٌّ عن ألفٍ بخَمسِمِائَةٍ صحَّ) ولو بغيرِ إذْنٍ ؛ لأنَّ قَضاءَ دَيْنِ غيرِه بغيرِ إذْنِه جائزٌ ، وقَضيَّتُه أنَّه لا فرقَ بين تعيينِ الخمسِمِائَةِ وعَدَمِ تعيينِها وهو مُؤَيِّدٌ لِمُقتضَى كلامِ أصلِه المُخالِفِ لكلامِ الإمامِ الذي جَرَى عليه المُصَنِّفُ فيما مَرَّ .

(وإنْ صالحَه عن المُنْكِرِ) ظاهرًا (وقال : أقرَّ عندي) [(٣)] ولَمْ يُظْهِره خَوفًا من

---

(١) (قوله : والأوجَه ما أشارَ إليه من إلحاقِ هذه بتلك إلخ) يُفرِّقُ بينهما بشِدَّةِ الضَّعفِ في هذه بسَبَب كونِ المصالِحِ عنه دَيْنًا وكونِ المصالِحِ عليه مِلكًا لِغيرِ المُدَّعَى عليه ، قال شيخُنا : وحينَئِذٍ فالمُعتمَدُ ما في المتنِ .

(٢) (قوله : يُخالِفُ ما قَدَّمَه في باب المبيعِ قبلَ قبضِه من الصِّحَّة) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وقال أقرَّ عندي) لا يتعيَّنُ لَفْظُ الإقرارِ ، وما في مَعناه بل لو قال : ....=

أخذك له (ووكّلني في مُصالحَتك) له فصالحَه (صحَّ) ، لأنَّ دَعوى الإنسانِ الوكالَةَ في المعامَلات مَقبولَةٌ (١) ومحلُّه - كما قال الإمامُ والغزاليُّ - إذا لم يُعِدِ المدَّعَى عليه / الإنكارَ بعدَ دَعوى الوكالَةِ فلو أعادَه كان عَزْلا فلا يصِحُّ الصُّلحُ عنه . وخَرَجَ ٢/٢١٨
بقولِه : وقال : أقِرَّ عندي ما لو اقتصَرَ على وكّلني في مُصالحَتك له فلا يصِحُّ بناءً على الأصحِّ في أنَّ قوله : صالِحْني عَمَّا تدَّعيه ليس إقرارًا وبقولِه ووكّلني في مُصالحَتك له ما لو ترَكَه فهو شِراءُ فُضوليٍّ فلا يصِحُّ كما مَرَّ .

(فلو قال : أنكَرَ) الخصمُ (وهو مُبطِلٌ) في إنكارِه (فصالِحْني له بعبدي هذا) لِتنقَطِعَ الخُصومَةُ بينكُما (صحَّ) الصُّلحُ (عن الدَّينِ لا) عن (العينِ) إذ لا يتعذَّرُ قَضاءُ دَينِ الغيرِ بغيرِ إذنِه بخلافِ تمليكِه العينَ (أو) فصالِحْني (لِنفسي والمدَّعَى عَينٌ فكَشِراءِ المغصوب) فيُفرَّقُ بين قُدرَته على انتزاعِه وعَدَمِها (٢) لِما مَرَّ في البيعِ ، فإنْ كان المدَّعَى دَينًا فهو ابتياعُ دَينٍ في ذمَّةِ غيرِه ، ويُؤْخَذُ من قولِه : وهو مُبطِلٌ ما صَرَّحَ به أصلُه من أنَّه لو قال : هو مُنكِرٌ ، ولا أعلَمُ صِدقَك (٣) ، وصالحَه لم يصِحَّ سَواءٌ أكان المُصالِحُ عليه له أم لِلمُدَّعَى عليه ، كما لو صالحَه المدَّعي وهو مُنكِرٌ قال : ولو ادَّعَى رَجُلٌ على ورثَةِ مَيِّتٍ دارًا من تركَته فأقرُّوا له جازَ لهم مُصالحَتُه فإنْ دَفعوا لِبعضِهم ثَوبًا مُشتَرَكًا بينهم لِيُصالِحَ عليه جازَ ، وكان عاقِدًا لِنفسِه ووكيلا لِلباقِينَ ، ولو قالوا لِواحدٍ : صالِحْه عَنَّا بثَوبك فصالحَه عنهم . فإنْ لم يُسَمِّهم في الصُّلحِ وقَعَ الصُّلحُ عنه وإلا ففي إلغاءِ التسميةِ وجهانِ (٤) ، فإنْ لم تلغُ وقَعَ

= وكّلني في مُصالحَتك ، وأنا أعلَمُ أنَّه لَك صحَّ الصُّلحُ على الأصحِّ في الحاوِي لِلماورديِّ وجَزَمَ به في التنبيه تبعًا لِشيخه القاضي أبي الطَّيِّب وأقرَّه في التصحيح .

(١) (قوله : لأنَّ دَعوى الإنسانِ الوكالَةَ في المعامَلات مَقبولَةٌ) ثم إن كان كاذبًا في دَعوى الوكالَةِ فهو شِراءُ فُضوليٍّ .

(٢) (قوله : فيُفرَّقُ بين قُدرَته على انتزاعِه وعَدَمِها) وبين ما يجوزُ بَيعُه ، وهو في يدِ الغيرِ ، وما لا يجوزُ كالمبيعِ قبلَ قبضِه ، ويكفِي لِلصِّحَّةِ قولُه : أنا قادِرٌ على انتزاعِها في الأصحِّ وليس المُرادُ بالقُدرَةِ هنا ، وفي بَيْعِ المغصوب حيثُما ذُكِرَ مَحْضَ تغلُّبٍ بل المُرادُ التغلُّبُ أن يثبُت الغصبُ قبلُ ، والتمكُّنُ من الإثبات ثم الانتزاعُ إن لَم يَثبُت .

(٣) (قوله : إنَّه لو قال هو مُنكِرٌ ، ولا أعلَمُ صِدقَه) ، مِثلُه ما لو قال : هو مُحِقٌّ ، أو قال : صالِحْني فقَطْ .

(٤) (قوله : وإلا ففي إلغاءِ التسميةِ وجهانِ) أصحُّهما عَدَمُه .

الصُّلحُ عنهم وهل الثوبُ هبةٌ لهم أم قَرضٌ عليهم وجهانِ (١) ، وإنْ أُلغيتْ فهل يصِحُّ الصُّلحُ كُلُّه لِلعاقِدِ أو يبطُلُ (٢) في نَصيب الشُّرَكاءِ ، ويخرُجُ نَصيبُه على قولي تفريقِ الصَّفقَةِ وجهانِ ، وإنْ صالحَه بعضُهم على مالِه له دونَ إذْنِ الباقِينَ ليتمَلَّكَ الجميعُ جازَ ، أو على أنْ تكونَ الدَّارُ له ولهم لَغا ذِكْرُهم وعادَ الوجهانِ في أنَّ الجميعَ يقَعُ له أو يبطُلُ في نَصيبِهم ويخرُجُ نَصيبُه على قولي تفريقِ الصَّفقَةِ .

(فصلٌ : وإنِ استوقَف مالٌ إلى التبيُّنِ ، أو اصْطِلاحُ المُتنازِعينَ فيه ، كمالٍ وُقِف لِزَوجَتيْنِ طَلُقَتْ إحداهما) ومات الزَّوجُ قبلَ البيانِ ، وهي بائِنٌ (أو) مالٌ وُقِف (لِشَخصينِ) عندَ وديعٍ وقد (أُشكِلَ على الوديعِ مُستحِقُّه منهما فاصْطَلَحا) أي الزَّوجَتانِ ، أو الشخصانِ (على أنْ يأخُذَه أحدُهما ويُعطي الآخَرُ من غيرِه لم يجُزْ) ؛ لأنَّه بَيْعٌ له ، وشرطُه تحقُّقُ المِلكِ في العِوضَيْنِ لِلمُتعاقِدَيْنِ (أو على أنْ يتفاضَلا فيه جازَ) لِلضَّرورَةِ ولأنَّه نُزولٌ عن بعضِ الحقِّ ، وسَيأتي ما له بهذا تعَلُّقٌ في نِكاحِ المُشرِكِ .

(مَسائِلُ) مُتعَلِّقَةٌ بالبابِ

لو (صالحَه) بنفسِه أو وكيلُه (عن الدَّارِ) مَثلا (على) نحوِ (عبدٍ) مُعيَّنٍ (فرَدَّه بعَيْبٍ أو استحَقَّ) لِغيرِ المُشتري أو هَلَكَ قبلَ القبضِ كما صَرَّحَ به في الرَّوضَةِ (انفسَخَ العقدُ) في تعبيرِه بالانفِساخ تسمَحٌ بالنِّسبةِ لِلثَّانيةِ (فإنْ تعَذَّرَ الرَّدُّ) لِلعبدِ (بتلَفٍ ونحوِه) كتعَيُّبٍ في يدِه (رَجَعَ في جُزْءٍ من الدَّارِ) بقدرِ ما نَقَصَ من قِيمَةِ العبدِ كما لو باعَها بعبدٍ (وإنْ كان العِوضُ) المُصالَحُ عليه (في الذِّمَّةِ) بأنْ صولحَ عليه ، وقبَضَه المُدَّعي ، ورَدَّه بعَيْبٍ أو استحَقَّ (أُستُبدِلَ به) أي أخَذَ بَدَله (ولا فسخَ) ولا انفِساخَ ، وتعبيرُه بالعِوضِ أعَمُّ من تعبيرِ الرَّوضَةِ بالدَّراهِمِ .

(وإنْ وقَف أرضًا) مَسجِدًا أو غيرَه (وأقرَّ بها لِمُدَّعٍ) لها (غَرِمَ له القِيمَةَ) أي

---

(١) (قوله : وهل الثوبُ هبةٌ لهم أم قَرضٌ عليهم وجهانِ) أصحُّهما ثانيهما .

(٢) (قوله : فهل يصِحُّ كُلُّه لِلعاقِدِ أو يبطُلُ إلخ) أصحُّهما أوَّلُهما .

(فرعٌ) قال الشافِعيُّ إذا اشترَى أرضًا وبناها مَسجِدًا فادَّعاها فإنْ صَدَّقَه لَزِمَه قِيمَتُها وإنْ كذَّبَه فجاءَ رَجُلٌ من جيرانِ المسجِدِ فصالحَه صحَّ الصُّلحُ ، لأنَّه بَذلَ مالَه على جِهَةِ البرِّ ، وقال الدَّارِميُّ : إذا وقَف مِلكًا أو جَعله مَسجِدًا أو أعتقَ عبدًا فأقرَّ به لَم يبطُل عملُه فإنْ صالحَه صحَّ وإنْ لَم يُصالِحه فهل يُجبَرُ على القِيمَةِ على قولَيْنِ قال الأذرَعيُّ : الأظهَرُ نَعَم .

قِيمَتها لإحالَته بينه وبينها بوقفِه (فإن أنكرَ وصالَحَ عنه أجنبيٌّ جازَ) الصُّلحُ (؛ لأنَّه بَذلُ مالٍ في قُربةٍ) ولأنَّ القِيمَةَ على الواقِفِ لكونِه وُقِفاً ، والصُّلحُ عمَّا في ذمَّةِ غيرِه بغيرِ إذنِه جائزٌ ، وتعبيرُه بوقفِ الأرضِ أنَصُّ في المُرادِ وأعَمُّ من تعبيرِ الرَّوضَةِ ببنائِها مَسجِدًا .

(وإن صالحَ مُتلِفُ العينِ) مالكها (بأكثرَ من قِيمَتها) من جَنسِها (أو بمُؤَجَّلٍ لم يصِحَّ) الصُّلحُ ، لأنَّ الواجِبَ قِيمَةُ المُتْلَفِ حالَّةً فلَم يصِحَّ الصُّلحُ على أكثرَ منه ، ولا على مُؤَجَّلٍ كمَن غَصَبَ دينارًا فصالَحَ على أكثرَ منه أو على مُؤَجَّلٍ لِما في ذلك من الرِّبا بخلافِ ما إذا صالَحَ بأقلَّ من قِيمَتها كما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ أو بأكثرَ من قِيمَتها بغيرِ جِنسِها .

(وإن أقرَّ له بمُجْمَلٍ فصالَحَه عنه وهما يعرِفانِه صحَّ) الصُّلحُ (وإن لم يُسَمِّه) أحدٌ منهما كما لو قال : بعتُك الشيءَ الذي أعرِفُه أنا وأنت (وإنكارُ حَقِّ الغيرِ حَرامٌ ، فلو بَذلَ لِلمُنكِرِ مالا ليُقِرَّ) بالمُدَّعَى (ففعل لم يصِحَّ) الصُّلحُ لِبنائِه على فاسِدٍ (بل بَذْلُه) أي المالِ لِذلك (وأخذُه حَرامٌ ، وهل يكونُ بذلك مُقِرًّا ؟ وجهانِ) أوجَهُهما لا ، وبه جَزَمَ ابنُ كَجٍّ [1] وغيرُه ؛ لأنَّه إقرارٌ بشرطٍ (فلو وكَّلَ) المُنكِرُ (في الصُّلحِ عنه) أجنبيًّا (جازَ) التوكيلُ ، وقِيلَ : لا يجوزُ والترجيحُ من زيادَته (كالوارِثِ يجْهَلُ أمرَ التركَةِ فله التوكيلُ في الصُّلحِ لإقالةِ الشُّبهَةِ) عنه .

(البابُ الثاني في التزاحُمِ على الحُقوقِ) / (الطَّريقُ النافِذُ) [2] بالمُعجَمَةِ ٢١٩/٢
ويُعَبَّرُ عنه بالشارِعِ (مُباحٌ لا يُملَكُ) لأحدٍ من الناسِ (فلِكُلٍّ) منهم (فتحُ بابٍ) من مِلكِه (إليه) كيف شاءَ (ولِكُلِّ مُسلِمٍ) التصَرُّفُ فيه بما لا يضُرُّ المارَّةَ فله (إشراعُ) أي إخراجُ (جَناحٍ) [3] أي روشَنٍ (وساباطٍ فيه) أي سَقِيفةٍ بين حائِطَيه (لا يشُقُّ ظَلامَه [4] ، ولا يضُرُّ المارَّ) الماشي (المُنتصِبَ تحتَه) وعلى

---

(١) (قوله : أوجَهُهما : لا وبه جَزَمَ ابنُ كَجٍّ وغيرُه إلخ) رَجَّحَه صاحِبُ الأنوارِ وقال في الخادِمِ ينبَغي التفصيلُ بين أنْ يعتقِدَ فسادَ الصُّلحِ فيصِحُّ أو يجْهَله فلا كما في نَظائِرِه من المُنشَآت على العُقودِ الفاسِدَةِ .

(٢) (قولُه الطَّريقُ النافِذُ إلخ) شَمِلَ ما لو وقَف مِلكَه شارِعًا .

(٣) (قوله : إشراعُ جَناحٍ) المُرادُ به إبرازُ الخشَبِ إلى هَواءِ الطَّريقِ .

(٤) (قوله : لا يشُقُّ ظَلامَه) بأنْ لا يُؤَثِّرَ فيه بإظلامِ الموضِعِ فإنْ أثَّرَ فيه مُنِعَ .

رَأسِ الحُمولَةِ الغالبةِ (١) سَواءٌ أكانت الطَّريقُ واسِعَةً أم ضَيِّقَةً لا تَمُرُّ فيها القوافِلُ والفوارِسُ ، وسَواءٌ أذِنَ الإمامُ فيه أم لا لإطْباقِ الناسِ على فِعلِه من غيرِ إنكارٍ ، وتقييدُه الظَّلامَ بالمَشَقَّةِ أخَذَه من قولِ الأصلِ ، وفي التتمَّةِ : إنِ انقَطَعَ الضَّوءُ أثَّرَ ، وإنْ نَقَصَ فلا ، وتصريحُه بالمُسلِمِ هنا من زيادَته (وكذا) لا يضُرُّ مع ذلك (بالمحمَلِ مع كَنيسَةٍ) أي أعوادٍ مُرتفِعَةٍ عليه مُعَدَّة ؛ لأَن يوضعَ عليها سُتْرَةٌ تقِي الرَّاكِبَ من الحرِّ والبردِ وتستُرُه (على البعيرِ إنْ كانتْ) أي الطَّريقُ (جادَّةً) أي واسِعَةً تمُرُّ فيها القوافِلُ والفوارِسُ ؛ لأنَّ ذلك - وإن كان نادِرًا - فقد يتَّفِقُ ، والأصلُ في جَوازِ ذلك «أنَّه ﷺ نَصَبَ بيدِه ميزابًا في دارِ عَمِّه العبَّاسِ» رواه الإمامُ أحمدُ والبيهقيُّ والحاكِمُ . وقال : إنَّ الميزابَ كان شارِعًا لِمسجِدِه ﷺ .

أمَّا التصرُّفُ فيه بما يضُرُّ بالمارِّ فمُمتنِعٌ لِخَبَرِ (٢) ابنِ ماجَه وغيرِه ، وهو حَسَنٌ : «لا ضَرَرَ ، ولا ضِرارَ في الإسلامِ» (٣) ولأنَّ الحقَّ فيه ليس له خاصَّةً (ولو أخوجَ) الإشراعُ (إلى وضعِ الرُّمحِ على الكَتفِ) أي كَتفِ الرَّاكِبِ بحيثُ لا يتأتَّى نَصْبُه (لم يضُرَّ) في جَوازِ الإشراعِ ؛ لأنَّ وضعَه على كَتفِه ليس بعَسيرٍ ، ولا يضُرُّ أيضًا ضَرَرٌ يُحتَمَلُ عادةً كعَجْنِ الطِّينِ إذا بَقِي مِقدارُ المُرورِ لِلنَّاسِ ، وإلقاءُ الحِجارَةِ فيه لِلعِمارَةِ (٤) إذا تُركَتْ بقدرِ مُدَّةِ نَقلِها ، ورَبطُ الدَّوابِّ فيه بقدرِ حاجةِ النُّزولِ والرُّكوبِ ، وقولُه : يُضِرُّ بالمارِّ بضَمِّ الياءِ من أضَرَّ به إضرارًا بخلافِ يضُرُّه مِن ضَرَّه

---

(١) (قوله : الغالِبةُ) قال الأُشمونيُّ بالمُعجَمةِ والباءِ الموحَّدَةِ .

(تنْبيهٌ) فإنْ قِيلَ : إذا جازَ الجناحُ فله نَصْبُه وإنْ أخَذَ أكثرَ هَواءِ السِّكَّةِ ، وقالوا في الميزاب : له تطْويلُه إلا أنْ يزيدَ على نِصْفِ السِّكَّةِ فلِلجارِ المُقابِلِ مَنعُه كما ذكَرَه في الكافي ، قِيلَ : الفرقُ أنَّ الجارَ مُحتاجٌ إلى الميزاب فكان حَقُّه فيه كَحَقِّ الجارِ فليس له إبطالُه عليه بخلافِ نَصْبِ الجناحِ فإنَّه قد لا يَحتاجُ إليه هَكذا ظَنَنْته . ع .

(٢) (قوله : أمَّا التصَرُّفُ فيه بما يضُرُّ بالمارِّ فمُمتنِعٌ) والمُزيلُ له الحاكِمُ لا كُلُّ أحدٍ على أشبَه الوجهَيْنِ في المطْلَب لِما فيه من توقُّعِ الفِتْنَةِ نَعَم لِكُلِّ أحدٍ مُطالَبَتُه بإزالَته ؛ لأنَّه من إزالَةِ المُنْكَرِ قاله سُلَيْمٌ وبه أفْتيتُ .

(٣) صحيح : رواه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، حديث (٢٣٤٠) عن عبادة بين الصامت مرفوعًا ، ورواه أيضًا برقم (٢٣٤١) عن ابن عباس مرفوعًا .

(٤) (قوله : وإلقاءُ الحِجارَةِ فيه لِلعِمارَةِ إلخ) يُمْنَعُ من طَرحِ الكُناسَةِ على جَوادِ الطَّريقِ وتبديدِ قُشورِ البطِّيخ ورَشِّ الماءِ بحيثُ يُزْلَقُ به ، ويُخشَى منه السُّقوطُ ، وإرسالُ الماءِ من الميازيب إلى الطَّريقِ الضَّيِّقَةِ ، وإلقاءُ النجاسَةِ بل هو في مَعنَى التخَلِّي في الطَّريقِ .

ضَرَرًا فإنَّه بفتحِها (ولا يُحدِثُ فيه دَكَّةً) بفتحِ الدَّالِ أي مَسطَبةً (و) لا (شَجَرَةً ولو اتَّسَعَ) الطَّريقُ وأذنَ الإمامُ وانتفى الضَّرَرُ لِمَنعِهما الطُّروقَ في ذلك المحَلِّ ، وقد تزدَحِمُ المارَّةُ فيصطَكُّونَ بهما ، ولأنَّه إذا طالَت المُدَّةُ أشبَهَ موضِعُهما الأملاكَ ، وانقَطَعَ أثَرُ استحقاقِ الطُّروقِ فيه بخلافِ الأجنِحةِ ونحوِها ، واستُشكِلَ التعليلُ الأوَّلُ بجَوازِ غَرسِ الشجَرَةِ بالمسجِدِ [(١)] مع الكَراهَةِ كما مَرَّ في شُروطِ الصَّلاةِ ، والثاني بجَوازِ فتحِ الباب إلى دربٍ مُنسَدٍّ إذا سَمَّرَه كما سيأتي ، وأُجيبَ عن الأوَّلِ بأنَّ مَحَلَّ جَوازِ غَرسِ الشجَرَةِ بالمسجِدِ إذا كان لِعُمومِ المُسلِمينَ بدَليلِ أنَّهم لا يُمنَعونَ من الأكلِ من ثِمارِها ، وإنْ غَرَسَها لِلمَسجِدِ ليصرِف ريعَها له فالمصلَحةُ عامَّةٌ أيضًا بخلافِ ما [(٢)] هنا .

وقَضيَّتُه جَوازُ مِثلِ ذلك في الشارِعِ حيثُ لا ضَرَرَ ، وعن الثاني بأنَّ الحقَّ في الدَّرب المُنسَدِّ لِخاصٍّ ، والخاصُّ قائمٌ على مِلكِه ، وحافِظٌ له بخلافِ الشارِعِ ، فانقِطاعُ الحقِّ فيه عندَ طولِ المُدَّةِ أقرَبُ . وقَضيَّةُ كلامِهم مَنعُ إحداثِ الدَّكَّةِ [(٣)] ، وإنْ كان بفِناءِ دارِه ، وبه جَزَمَ ابنُ الرِّفعَةِ ، وقال السُّبكيُّ : ينبغي جَوازُه حينَئذٍ [(٤)] عندَ انتفاءِ الضَّرَرِ ، لأنَّه في حَريمِ مِلكِه ولإطْباقِ الناسِ عليه من غيرِ إنكارٍ (ولو

(١) (قوله : وأُجيبَ عن الأوَّلِ بأنَّ مَحَلَّ جَوازِ غَرسِ الشجَرِ بالمسجِدِ إلخ) وبأنَّ شَجَرَةَ المسجِدِ يتمَكَّنُ الإمامُ من قَطعِها إذا رَأى في ذلك المصلَحةَ كما صَرَّحَ به هناكَ ، وشَجَرَةُ المالِكِ لا يجوزُ قَطعُها إلا بإذنِه ، وفيه تحَجُّرٌ على المارَّةِ .

(٢) (قوله : بخلافِ ما هنا) أي فإنَّها مُصَوَّرَةٌ بما إذا غَرَسَها لِنفسِه .

(٣) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِهم مَنعُ إحداثِ الدَّكَّةِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : وقال السُّبكيُّ ينبَغي جَوازُه إلخ) ولَم أرَ مَن صَرَّحَ بالمسألَةِ . ا هـ . قال الأذرَعيُّ : وما أبداه بَعيدٌ من كلامِهم ، وفي كونِ الدَّارِ في الشارِعِ لها حَريمٌ كلامٌ ، وقد صَرَّحَ البندَنيجيُّ بمَنعِ بناءِ الدَّكَّةِ على باب الدَّارِ ، والدَّكَكُ إنَّما تُبنَى غالِبًا في أفنيَةِ الدُّورِ لا على أبوابِها ، ولا فرقَ بين الدَّكَّةِ العاليةِ وغيرِها ، واعلَمْ أنَّ الشيخَينِ ذكرا في الجِناياتِ أنَّ لإقطاعِ الإمامِ مَدخَلا في الشوارِعِ عندَ الأكثرينَ ، وأنَّه يجوزُ لِلمُقطَعِ أنْ يُبنَى فيه ويتمَلَّكَه ، وهو مُخالِفٌ لِظاهِرِ إطْلاقِهما كَغيرِهما المنعُ من بناءِ الدَّكَّةِ ، ويَنبَغي حَمْلُ ما في الجِناياتِ على ما زادَ من الشارِعِ على الموضِعِ المُحتاجِ إليه لِلطُّروقِ وما هنا على بناءِ الدَّكَّةِ في الموضِعِ المُحتاجِ إليه لا فيما زادَ عليه أو فيما زادَ بغيرِ إذْنٍ أو إقطاعٍ من الإمامِ فيكونُ إقطاعُ الإمامِ فيما زادَ رافِعًا لِلمَنعِ فيه أب قال شيخُنا : حاصِلُ ما ذكرَه ابنُ المقري تبَعًا لأصلِه في إحياءِ الموات أنَّه إنْ أقطَعَه لِلارتفاقِ وبلا عِوضٍ جازَ أو بعِوضٍ أو لِلتَّمَلُّكِ امتنَعَ ، وإنْ زادَ على حاجةِ الطُّروقِ ويُمكِنُ حَملُ ما في الجِناياتِ على هذا التفصيلِ ، وإلا فهو ضعيفٌ .

انهَدَمَ جَناحُه فسَبَقَه جارُه إلى بناءِ جَناحٍ) في مُحاذاته ولو بحيثُ لا تُمكِنُ معه إعادَةُ الأوَّلِ أو كانَ صاحِبُه على عَزمِ إعادَتِه (صارَ أحقَّ) به كما لو قَعَدَ لاستراحةٍ ، أو نحوِها في طَريقٍ واسعٍ ثم انتقَلَ عنه يجوزُ لِغيرِه الارتفاق به ، ويصيرُ أحقَّ به ، فإنْ قُلت : قِياسُ اعتبارِ الأعراضِ في القُعودِ فيه لِلمُعامَلَةِ بَقاءُ حَقِّه هنا
٢٢٠/٢ إليه كما بَحَثَه الرَّافِعِيُّ قُلت : المُعامَلَةُ لا تدومُ [1] بل الانتقالُ عنها ثم العودُ إليها / ضَروريٌّ فاعتُبِرَ الإعراضُ بخلافِ ما هنا فاعتُبِرَ الانهدامُ ، نَعَم يُستثنَى من ذلك ما لو بَنَى دارًا في مواتٍ وأخرَجَ لها جَناحًا ثم بَنَى آخَرُ دارًا تُحاذيه واستمرَّ الشارِعُ فإنَّ حَقَّ الأوَّلِ يستمِرُّ ، وإنِ انهَدَمَ جَناحُه فليس لِجارِه أنْ يُخرِجَ جَناحَه إلا بإذنِه لِسَبقِ حَقِّه بالأحياءِ .

(وله إخراجُ جَناحٍ تحت جَناحِ صاحِبِه) إذ لا ضَرَرَ (أو فوقَه إنْ لم يضُرَّ بالمارِّ عليه) أي على جَناحِ صاحِبِه (أو مُقابِلِه إنْ لم يبطُلِ انتفاعُه) أي انتفاعُ صاحِبِه (ومَن سَبَقَ إلى أكثرِ الهواءِ) بأنْ أخَذَ أكثرَ هَواءِ الطَّريقِ (لَم يكُن لِلآخَرِ مَنعُه) بأنْ يُطالِبَه بتقصيرِ جَناحِه وردِّه إلى نِصفِ الطَّريقِ ، لأنَّه مُباحٌ سَبَقَ إليه ، وهذا تصريحٌ بما عُلِمَ مِمَّا مَرَّ .

(فرعٌ : الطَّريقُ ما جُعِلَ عندَ إحياءِ البلَدِ أو قبلَه) طَريقًا (أو وقَفه المالِكُ) ولو بغيرِ إحياءٍ كذلك ، وصَرَّحَ في الرَّوضَةِ - نَقلا عن الإمامِ - بأنَّه لا حاجةَ في

---

(١) (قوله : قُلت : المُعامَلَةُ لا تدومُ إلخ) فرَّقَ في المطْلَب بفرقَيْنِ : الأوَّلُ أنَّ إشراعَ الجناحِ إنَّما يكونُ بطَريقِ التبَعِ لاستحقاقِ الطُّروقِ ، وعندَ السُّقوطِ استحقاقُ الطُّروقِ ثابتٌ لِكُلٍّ من المُسلِمينَ فكذلك مَن سَبَقَ كان أحقَّ به ما لَم يعرِض الثاني أنَّ مَقاعِدَ الأسواقِ اختصاصٌ بالأرضِ التي من شأنِها أن تُملَّكَ بالإحياءِ قَصْدًا فقَوِيَ الحقُّ ولَم يُمكِن تملُّكُه لِتعلُّقِ الحُقوقِ به فكذلك ثبَت استحقاقُه ما دامَ مُقيمًا عليه ، والاختصاصُ بالهَواءِ اختصاصٌ بما لا يقبَلُ المِلكَ فضعُف الحقُّ فيه فلِذلك زالَ بزوالِه أي فيرجِعُ مَعناه إلى أنَّ الرَّوشَنَ والجناحَ مُتعَلِّقٌ بالهَواءِ لا مَكان له ، ولا تمكُّنَ ، ومَقاعِدُ الأسواقِ لها تعَلُّقٌ بالأرضِ فلها مَكانٌ وتمكُّنٌ فس وفرَّقَ غيرُ صاحِبِ المطْلَب بفرقٍ آخَرَ ، وهو أنَّ حَقَّ الجناحِ تابعٌ لِلمِلكِ لا لِلمُرورِ ولا لِلشَّارِعِ ، وإذا سَبَقَ واحِدٌ وأخرَجَ جَناحًا لَم يثبُتْ له استحقاقٌ مُؤَبَّدٌ لِئَلاَّ يُؤَدِّيَ إلى إبطالِ حَقِّ صاحِبِه المُقابِلِ له ، وإذا لَم يثبُتْ له استحقاقٌ مُؤَبَّدٌ فإذا سَقَطَ جَناحُه كان لِجارِه أنْ يُخرِجَ جَناحَه ، لأنَّه لا مانِعَ له الآنَ وأمَّا مَقاعِدُ الأسواقِ فالاستحقاقُ فيها ليس من مُقتَضَياتِ المِلكِ بل هو دائِرٌ على السَّبقِ فمَن سَبَقَ لَم يُعارِضه غيرُه في السَّبقِ بخلافِ الدَّارَيْنِ المُتقابلَيْنِ فإنَّ الاستحقاقَ فيهما سابقٌ على السَّبقِ إلى وضعِ الجناحِ والميزاب ا هـ .

ذلك إلى لَفظٍ قال في المهمَّات : ومحلُّه فيما عَدا مِلكَه ، أمَّا فيه فلا بُدَّ من لَفظٍ يصيرُ به وقفًا على قاعِدَةِ الأوقافِ ، وقد نبَّهَ عليه مع وُضوحِه ابنُ الرِّفعَةِ ا هـ . وجَرَى عليه المُصَنِّفُ فاعتبارُ اللَّفظِ في الأخيرَةِ من زيادَته ، وأمَّا ثِنْياتُ الطَّريقِ التي يعرِفُها الخواصُّ (١) ، ويسلُكونَها فتردَّدَ الجوينيُّ في أنَّها تصيرُ طَريقًا بذلك ، أو لا حَكاه عنه الأصلُ ، وحَكاه عنه أيضًا القموليُّ ثم قال : وقال غيرُه : لا تصيرُ طَريقًا بذلك ، ويجوزُ إحياؤُها ، وهذا هو الصَّحيحُ ؛ لأنَّ أكثَرَ الموات لا يخلو عن ذلك ، وكلامُ المُصَنِّفِ يقتضي هذا ، وإذا ثَبَت أنَّ الطَّريقَ يحصُلُ بما ذُكِرَ **(فحيثُ وجَدنا طَريقًا اعتمَدنا)** فيه **(الظَّاهرَ)** ولا نَلتفِتُ إلى مُبتدَإِ جَعله طَريقًا **(وليُجعَل)** أي الطَّريقُ **(سَبعَةَ أذرُعٍ إنِ اختلَفوا عندَ الإحياءِ في تقديرِه)** لِخَبَرِ الصَّحيحينِ عن أبي هرَيْرَةَ رضي الله عنه «قَضَى رَسولُ اللهِ ﷺ عندَ الاختلافِ في الطَّريقِ أن يُجعَل عَرضُه سَبعَةَ أذرُعٍ» (٢) قال الزَّركَشيُّ تبعًا لِلأذرَعيِّ : وهذا التحديدُ تابَعَ فيه النوويُّ إفتاءَ ابنِ الصَّلاحِ ، ومَذهَبُ الشافِعِيِّ اعتبارُ قدرِ الحاجةِ . والحديثُ مَحمولٌ عليه ، فإنَّ ذلك عُرفُ المدينَةِ صَرَّحَ بذلك الماورديُّ والرُّويانيُّ أمَّا إذا اتَّفقوا على شيءٍ فالأمرُ ظاهرٌ والظَّاهرُ أنَّه يُقَدَّرُ على الأوَّلِ بالسَّبعَةِ ، وإن وقَعَ الاختلافُ في أقلَّ منها أو أكثرَ كأن أرادَ أحدُهما ثَلاثةً ، والآخَرُ أربَعَةً أو أحدُهما تسعَةً ، والآخَرُ عَشَرَةً ، ويُحتمَلُ أن يُعمَلَ بما اتَّفقوا عليه مَعنًى **(فإن كان أكثرَ)** من سَبعَةٍ أو من قدرِ الحاجةِ على ما مَرَّ **(لَم يُغيَّر)** أي لا يجوزُ لأحدٍ أن يستولي على شيءٍ منه ، وإن قَلَّ .

(ويجوزُ إحياءُ ما حَوله) من الموات بحيثُ لا يضُرُّ بالمارِّ قال في الرَّوضَةِ وإن كانت الطَّريقُ من أرضٍ مَملوكَةٍ يُسَبِّلُها مالِكُها فتقديرُها إلى خيرَته والأفضَلُ توسيعُها ،

---

(١) (قوله : وأمَّا بُنَيَّاتُ الطَّريقِ التي يعرِفُها الخواصُّ إلخ) قال في المهمَّات : والبُنَيَّاتُ بالمُثَلَّثةِ المضمومَةِ جمعُ بُنَيَّةٍ مُصَغَّرًا قال في التوسُّطِ : وهذا التفسيرُ والضَّبطُ فيما نحنُ فيه غَلَطٌ صَريحٌ وتحريفٌ قبيحٌ والصَّوابُ بُنَيَّاتُ الطَّريقِ بالباءِ الموحَّدَةِ المضمومَةِ ثم النُّونُ جَمعُ بُنَيَّةٍ مُصَغَّرًا ، وهي الطَّريقُ الخفيَّةُ في الوادي ا هـ وفي الصِّحاحِ بُنَيَّاتُ الطَّريقِ هي الطُّرُقُ الصِّغارُ تنشَعِبُ من الجادَّةِ .

(٢) رواه البخاري ، كتاب المظالم والغصب ، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء ، حديث (٢٤٧٣) ، ورواه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه ، حديث (١٦١٣) كلاهما عن أبي هريرة مرفوعًا .

وعنه احترزَ المُصَنِّفُ بقولِه : عندَ الإحياءِ .

(ويُمنَعُ الذِّمِّيُّ من إشراعِ الجناحِ في شارِعِ المُسلِمينَ) (١) وإنْ جازَ له استطراقُه كما يُمنَعُ من إعلاءِ بنائِه على بنائِهم (٢) ، واستطراقُه له ليس على استحقاقِ مِلكٍ بل إمَّا بطريقِ التبَعِ لِلمُسلِمينَ أو بما بَذلَه من الجِزيةِ إذا قُلنا : إنَّها في مُقابَلةِ سُكنَى الدَّارِ ، قاله في المطالِب ، وقَضيَّةُ ما تقرَّرَ أنَّه لا يُمنَعُ من الإشراعِ في (٣) مَحالِّهم وشَوارِعِهم المُختصَّةِ بهم في دارِ المُسلِمينَ كما في رَفعِ البناءِ ، وهو ظاهرٌ ، قال الجُرجانيُّ وغيرُه (٤) : ولا يجوزُ الإشراعُ في هَواءِ المسجِدِ ، وألحَقَ به الأذرَعيُّ ما قَرُبَ منه كمَدرَسةٍ ورِباطٍ (ويُهدَمُ) وُجوبًا الجناحُ (إنْ فُعِلَ) أي إنْ فعله ذمِّيٌّ أو فعله غيرُه على وجهٍ لا يجوزُ وهل يختصُّ هَدمُه بالحاكِمِ أو لا ؟ وجهانِ حَكاهما في المطلَب وقال : الأشبَه الأوَّلُ لِخَوفِ الفِتنَةِ (٥) .

(فصلٌ : الطَّريقُ غيرُ النافِذ مِلكُ مَنْ نَفِذَتْ أبوابُهم إليه) لا مَنْ لاصَقَه جُدرانُهم من غيرِ نُفوذ أبوابِهم إليه ، لأنَّ أُولَئِكَ هم المُستحِقُّونَ لِلانتفاعِ فهم المُلَّاكُ دونَ غيرِهم لا يُقالُ : لو كان مِلكُهم لَمَا جازَ لِغيرِهم دُخولُه / لأنَّا نَقولُ : جازَ ؛ ٢٢١/٢
لأنَّه من الحلالِ المُستفادِ بقَرينةِ الحالِ ، قال الزَّركَشيُّ : وقَضيَّتُه أنَّه لا يجوزُ الدُّخولُ إذا كان فيهم مَحجورٌ عليه لامتناعِ الإباحةِ منه ومن وليِّه ، وقد توقَّفَ الشيخُ عِزُّ الدِّينِ في مَسائِلَ قَريبةٍ من ذلك كالشُّرب من أنهارِهم انتهَى . والظَّاهرُ الجوازُ (٦) وإنْ كان الورَعُ خلافَه ، ومن ذلك ما قاله الأصحابُ من أنَّه يجوزُ المُرورُ بمِلكِ غيرِه إذا لم يصِر به طَريقًا لِلنَّاسِ ، قاله العبَّاديُّ في طَبَقاته وعليه يُحمَلُ إطلاقُ

---

(١) (قوله : ويُمنَعُ الذِّمِّيُّ من إشراعِ الجناحِ في شارِعِ المُسلِمينَ) لو اشترَى الذِّمِّيُّ دارًا لها أجنِحةٌ فكما لو اشترَى دارًا عاليةً على دورِهم .

(٢) (قوله : كما يُمنَعُ من إعلاءِ بنائِه على بنائِهم) وأفتيت بمَنْعِه من البُروزِ ببَنائه في البحرِ والخُلجانِ ونحوِها على بناء المُسلِمينَ قِياساً على مَنْع الإعلاءِ والجناح ولم أرَه مَنقولاً ع وهو ظاهرٌ، وكذلك يُمنَعونَ من حَفرِ آبارِ حُشوشِهم في أفنيَةِ دورِهم التي هي بين دورِنا ؛ لأنَّه لا حَقَّ لأهلِ الذِّمَّةِ في طَريقِ المُسلِمينَ ، وإنْ جازَ لهم سُلوكُه .

(٣) (قوله : وقَضيَّةُ ما تقرَّرَ أنَّه لا يُمنَعُ ن الإشراعِ في مَحالِّهم إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : قال الجُرجانيُّ وغيرُه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه وألحَقَ به الأذرَعيُّ إلخ .

(٥) (قوله : وقال الأشبَه الأوَّلُ لِخَوفِ الفِتنَةِ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه نَعَم لِكُلِّ أحدٍ مُطالَبَتُه بإزالَتِه ؛ لأنَّه من إزالَةِ المُنكَرِ قاله سُلَيمٌ وهو صحيحٌ (قولُه قال الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه .

(٦) (قوله : والظَّاهرُ الجوازُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

الأكثرين الجوازَ ، وظاهرٌ أنَّ محلَّه فيما جرَت [١] العادةُ بالمُسامحةِ بالمرورِ فيه (وشَرِكَةُ كُلٍّ منهم) من رَأسِ السِّكَّةِ (إلى بابه) [٢] لا إلى آخرِها ؛ لأنَّ ذلك محلُّ تردُّدِه غالبًا بخلافِ باقِيها (وليس لِغيرِهم ولا لِمَن دارُه بأعلى السِّكَّةِ) [٣] بكَسرِ السِّينِ ويُقالُ : لها الدَّربُ والزُّقاقُ (إشراعُ جَناحٍ فيه) وإن لم يضرَّ (إلا برِضاهم) جَميعِهم في الأُولى ، وباقِيهم في الثانيةِ ؛ لأنَّ تصَرُّفَ الشخصِ في مِلكِ غيرِه ، وفي المُشتركِ إنَّما يجوزُ برضا مالِكِه وبرِضا شَريكِه كما سَيأتي ، وقولُه : بأعلى السِّكَّةِ شامِلٌ لِلعُلوِّ المُطلَقِ والعُلوِّ النِّسبيِّ ؛ ليشمَلَ جَميعَ ما ليس بأقرَبَ إلى آخرِها مع أنَّه لو لم يشمَلِ النِّسبيَّ لَفُهِمَ حُكمُه بالمُساواةِ ، وظاهرُ كلامِهم أنَّه لا يُعتبَرُ إذنُ المُكتري لكن في الكِفايةِ وغيرِها عن أبي الفضلِ التميميِّ [٤] اعتبارُه أيضًا إنْ تضَرَّرَ به وبه أفتى البغَوِيّ ، ويُقاسُ به الموصَى له بالمنفعَةِ [٥] .

(ويجوزُ لِلأقرَبِ إلى آخرِ السِّكَّةِ إشراعُه) أي الجناحِ لأنَّه في خالِصِ مِلكِه (ولهم قِسمَةُ صحنِه) أي صحنِ الطَّريقِ غيرِ النافِذ كَسائرِ المُشتركات القابلَةِ لِلقِسمَةِ (فإنْ أرادَ الأسفلونَ لا الأعلونَ سَدَّ ما يليهم أو قِسمَته جازَ) لأنَّهم يتصَرَّفونَ في مِلكِهم بخلافِ الأعلَيْنَ ، وذكرُ مَسأَلَةِ السَّدِّ من زيادَته (ولو اتَّفقوا على سَدِّ رَأسِ السِّكَّةِ) لم يُمنَعوا منه لِذلك ، و (لَم يفتحه بعضُهم) بغيرِ رِضا الباقِينَ نَعَم إنْ سَدَّ بآلَةِ نفسِه خاصَّةً فله فتحُه بغيرِ رِضاهم ويُؤخَذُ من كلامِه ما صَرَّحَ به أصلُه أنَّه لو امتنَعَ بعضُهم من سَدِّه لم يكُن لِلباقِينَ السَّدُّ .

(فإنْ وقَف أحدُهم دارِه مَسجِدًا) أو وُجِدَ ثَمَّ مَسجِدٌ قَديمٌ كما فُهِمَ بالأُولى ، وصَرَّحَ به الأصلُ (شارَكَهم المُسلِمونَ في المرورِ) إليه فيُمنَعونَ من السَّدِّ والقِسمَةِ كما صَرَّحَ به الأصلُ ثم قال : وعلى قِياسِه لا يجوزُ الإشراعُ عندَ الضَّرَرِ ، وإنْ رَضِيَ أهلُ السِّكَّةِ لِحَقِّ سائرِ المُسلِمينَ ، ومَفهومُه جَوازُ الإشراعِ الذي لا يضرُّ ، وإن لم

---

(١) (قوله : وظاهرٌ أنَّ محلَّه فيما جرَتْ به العادةُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وشَرِكَةُ كُلٍّ منهم إلى بابه إلخ) يُستثنَى منه ما لو كانت النفقةُ لِجَماعَةٍ فاقتسَموها وبَنَى كُلُّ واحدٍ دارًا وترَكوا الممَرَّ بلا قِسمَةٍ أو كانت مِلكَ شَخصٍ فبَنَى فيها دارًا وترَكَ المَمَرَّ ثم انتقلَت السِّكَّةُ ودورُها عنه فالطَّريقُ في هاتينِ الصُّورَتينِ لِلجَميعِ .

(٣) (قوله : ولا لِمَن دارُه إلخ) دارُه مِثالٌ فإنَّه لو كان له فيه فُرنٌ أو حانوتٌ أو نحوُها كان كالدَّارِ .

(٤) (قوله : لكنْ في الكِفايةِ وغيرِها عن أبي الفضلِ التميميِّ اعتبارُه أيضًا) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : ويُقاسُ به الموصَى له بالمنفعَةِ) أي ونحوُه .

يرضَ أهلُها ، ومحَلُّه إذا لم يكُنِ المسجِدُ حادِثًا ، وإلا فإنْ رَضي به أهلُها فكذلك وإلا فلهم المنعُ من الإشراعِ ، إذْ ليس لأحدِ الشُّرَكاءِ إبطالُ حقِّ البقيَّةِ من ذلك وكالمسجِدِ فيما ذُكِرَ ما سُبِّلَ أو وُقِف على جِهَةٍ عامَّةٍ كَبِئْرٍ ومَدرَسَةٍ ورِباطٍ نَبَّهَ على ذلك الزَّركَشيّ [١] **(ولو فتحَ أحدُهم)** فيه **(بابًا)** آخرَ **(أو ميزابًا)** آخرَ **(أسفلَ بابه)** أو ميزابه **(مُنِعَ)** أي مَنَعَه من المفتوحِ [٢] بين بابه ورأسِ السِّكَّةِ سَواءٌ أسُدَّ الأوَّلُ أم لا ، لأنَّ الحقَّ لِغيرِه بخلافِ مَن بابُه بين المفتوحِ [٣] ورأسِ السِّكَّةِ ، أو مُقابِلُ المفتوحِ كما صَرَّحَ بالأولى في الأصلِ وبالثانيةِ في الرَّوضَةِ عن الإمامِ ، وتعَقَّبَه البُلقينيُّ فيها بأنَّ المقابِلَ لِلمَفتوحِ مُشارِكٌ في القدرِ المفتوحِ فيه فله المنعُ **(أو)** فتحُ ما ذُكِرَ **(أعلى)** ذلك **(اشتُرِطَ)** لجوازِه **(سَدُّ الأوَّلِ)** وإنَّما جازَ له هذا ، لأنَّه تركَ بعضَ حَقِّه ، فإنْ لم يسُدَّ الأوَّلَ مُنِعَ لِتضَرُّرِ بَقِيَّةِ الشُّرَكاءِ [٤] بزيادةِ الزَّحمَةِ بانضِمامِه إلى الأوَّلِ . قال الإسنَويُّ : ولو كان له دارٌ بوسَطِ السِّكَّةِ وأُخرَى بآخرِها فالمتَّجه أنَّه يجوزُ [٥] لِمَن دارُه بينهما مَنعُه من تقديمِ باب المتوسِّطَةِ أي إلى آخرِ السِّكَّةِ [٦] ، لأنَّه ، وإنْ كان شَريكًا في الجميعِ ، لكنْ شَركَتُه بسَبَبِها إنَّما هو إليها خاصَّةً وقد يبيعُ لِغيرِه فيستفيدُ زيادَةَ استطْراقٍ .

(فرعٌ) له في سِكَّةٍ قِطعَةُ أرضٍ فبَناها دورًا ، وفتحَ لِكُلِّ واحدَةٍ بابًا جازَ قاله البغَوِيّ في فتاويه [٧] **(وليس له فتحُ بابٍ بين دارَيْه إنْ كان بابُهما جَميعًا أو)** بابُ **(أحدِهما)** الأُولى إحداهما **(إلى طَريقٍ غيرِ نافِذٍ)** أي ليس لِمَن له دارانِ يُفتحانِ إلى طَريقَيْنِ غيرِ نافِذَيْنِ أو غيرِ نافِذٍ وشارِعٍ [٨] فتحُ بابٍ بينهما ، لأنَّه يُثبتُ

---

(١) (قوله : نَبَّهَ على ذلك الزَّركَشيُّ) أي وغيرُه أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : أو مُقابِلُ المفتوحِ) هو الأوَّلُ كما يُفيدُه كلامُ الأصلِ عندَ التأمُّلِ .

(٣) (قوله : وبالثانيةِ في الرَّوضَةِ عن الإمامِ) أي وأقرَّه قال الإسنَويُّ : وهو ظاهِرٌ والمُرادُ مَن هو مُقابِلُ الباب الأوَّلِ كذا فهِمَه السُّبكيُّ والإسنَويُّ والأذرَعيُّ قال الإسنَويُّ وكلامُ النوويِّ يوهِمُ أنَّ المُرادَ البابُ الجديدُ وليس كذلك فإنَّه لو أُريدَ ذلك لَكان المنعُ مُتَّفقًا عليه. ا هـ .ف س .

(٤) (قوله : لِتضَرُّرِ بَقِيَّةِ الشُّرَكاءِ) أي الذينَ أسفلَ منه أو يُقابلونَه .

(٥) (قوله : فالمتَّجه أنَّه يجوزُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : أي إلى آخرِ السِّكَّةِ) لا يتقيَّدُ كلامُ الإسنَويِّ بما فسَّرَه به الشارِحُ .

(٧) (قوله : قاله البغَويّ في فتاويه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : غيرُ نافِذَيْنِ أو غيرُ نافِذٍ وشارِعٍ إلخ) الأولى أن يقولَ مَملوكَينِ أو مَملوكٍ وشارِعٍ ، لأنَّه لا يلزَمُ من عَدَمِ النُّفوذِ المِلكُ بدَليلِ ما لو كان في الفضاءِ مَسجِدٌ أو نحوُه ، ولو ....=

له من كُلِّ طَرِيقٍ غيرِ نافِذٍ مَمَرًّا إلى الدَّارِ التي ليست به ، هذا ما نَقَله في الرَّوضَةِ عن العِراقِيِّينَ عن الجُمهورِ ، وفيها عن الأصحاب أنَّه لو أرادَ رَفعَ الحائِطِ بينهما وجَعلهما دارًا واحدَةً وترَكَ ما بينهما على حالِهما جازَ قَطعًا انتهى . وهو مُرادُ الرَّافِعِيِّ بقولِه : أمَّا إذا قَصَدَ / اتِّساعَ مِلكِه ونحوه فلا مَنعَ أي قَطعًا ، وصحَّحَ في المنهاج [١] كالرَّافِعِيِّ ٢/٢٢٢ تبعًا لِلبَغَوِيِّ عَكسَ ما قاله المُصَنِّفُ [٢] ، لأنَّه تصَرُّفٌ مُصادِفٌ لِلمِلكِ **(وليس لِمَن لا حَقَّ له)** في السِّكَّةِ **(إحداثُ جَناحٍ أو بابٍ)** لِلاستطراقِ إلا برِضا أهلِها كما مَرَّ، ومَسألَةُ إحداثِ الجناحِ لا حاجةَ إليها ، فإنَّه قَدَّمَها **(فلو سَمَّرَه)** أي البابَ الذي فتحَه **(جازَ)** والمُرادُ أنَّ فتحَه لِيُسَمِّرَه جائِزٌ . وكذا فتحُه لِلاستضاءَةِ كما صَرَّحَ به الأصلُ ، لأنَّ له رَفعَ جَميعِ الجِدارِ فبعضُه أولى ، وقِيلَ : لا يجوزُ ، لأنَّ فتحَه يُشعِرُ [٣] بثُبوت حَقِّ الاستطراقِ فيُستدَلُّ به عليه ، قال في الرَّوضَةِ وهو أفقَه ومُنِعَ بما مَرَّ من تعليلِ الجوازِ وسُمِرَ [٤] بتخفيفِ الميمِ ويجوزُ تشديدُها .

(ولو أذنوا) في إحداثِ جَناحٍ أو بابٍ لِمَن يتوقَّفُ فتحُه على إذنِهم **(فلهم الرُّجوعُ)** عن الإذنِ مَتى شاءُوا **(كالعارِيَّةِ)** نَعَم لا يجوزُ لِلشُّرَكاءِ الرُّجوعُ في مَسألَةِ الجناحِ بعدَ إخراجِه كما صَرَّحَ به الماورديُّ [٥] وابنُ الرِّفعَةِ ، لأنَّه لا سَبيلَ إلى قَلعِه مَجَّانًا لِوضعِه بحَقٍّ ، ولا إلى قَلعِه مع غُرمِ الأرشِ ، لأنَّه شَريكٌ [٦] وهو لا يُكلَّفُ ذلك ، ولا إلى إبقائِه بأُجرَةٍ ، لأنَّ الهَواءَ لا أُجرَةَ له ، وهذا لا يرِدُ على كلامِ الأصلِ ، لأنَّه اقتصَرَ على مَسألَةِ فتحِ البابِ ، وذلك لا يأتي فيه ، واقتصَرَ أيضًا على فتحِه مِمَّن لا حَقَّ له في السِّكَّةِ ونَقَلَ فيه عن الإمامِ أنَّه لا يلزَمُهم بالرُّجوعِ شيءٌ بخلافِ رُجوعِه في أرضٍ أعارَها لِبناءٍ أو غِراسٍ فإنَّه لا يقلَعُ مَجَّانًا قال : ولَم أرَه لِغيرِه

= كانت إحدَى الدَّارَيْنِ مِلكَه ، والأُخرَى في يدِه بإجارَةٍ أو إعارَةٍ ورَضِيَ المالِكُ بفتحِ بابٍ من إحدَى الدَّارَيْنِ إلى الأُخرَى فكالمملوكَينِ .

(١) (قولُه وصحَّحَ في المنهاجِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه : عَكسَ ما قاله المُصَنِّفُ إلخ) وفي بعضِ النُّسَخِ ، وله فتحُ بابٍ .

(٣) (قولُه : وقِيلَ لا يجوزُ ، لأنَّ فتحَه إلخ) نَقَلَ الإسنَوِيُّ وغيرُه عن جَمعٍ أنَّه إن وضعَ عليه شِباكًا أو نحوه جازَ قَطعًا .

(٤) (قولُه : وسَمَرَه) بتخفيفِ الميمِ ويجوزُ تشديدُها قال الزَّركَشِيُّ سَمَّرَه بالتشديدِ أوثَقَه بالمِسمارِ والتخفيفُ لُغَةٌ قاله المُطَرِّزِيُّ .

(٥) (قولُه : كما صَرَّحَ به الماورديُّ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قولُه : لأنَّه شَريكٌ) وهو لا يُكلَّفُ ذلك ، إذ الشريكُ لا يزالُ مِلكَه من مِلكِه .

والقِياسُ أنْ لا فرقَ ، وفرَّقَ في المطلَب بأنَّه هنا (١) بَنَى في مِلكِه ، والمبنَى باقٍ بحالِه لا يزالُ فلا غُرمَ بخلافِ البناءِ على الأرضِ فإنَّ المُعيرَ يقلَعُ فغَرِمَ الأرشَ ، والأولى أن يُفرَّقَ بأنَّ الرُّجوعَ هناكَ (٢) يترتَّبُ عليه القلعُ ، وهو خَسارةٌ فلَم يجُز الرُّجوعُ مجَّانًا بخلافِه هنا لا يترتَّبُ عليه خَسارَةٌ لِعَدَمِ اقتضائِه لُزومَ سَدِّ الباب ، وخَسارَةُ فتحِه إنَّما تترتَّبُ على الإذْنِ لا على الرُّجوعِ مع أنَّ فتحَه لا يتوقَّفُ على الإذْنِ ، وإنَّما المُتوقِّفُ عليه الاستطْراقُ .

(ويجوزُ مُصالحَتُهم) لِمَنْ يتوقَّفُ فتحُه على إذنِهم **(على)** بمَعنَى عن إحداثِ **(الباب)** بمالٍ ؛ لأنَّه انتفاعٌ بالأرضِ **(لا)** عن إحداثِ **(الجناحِ ؛ لأنَّ الهَواءَ لا يُباعُ)** مُنفردًا ؛ لأنَّه تابعٌ ، ومنه عُلِمَ أنَّه لا يجوزُ الصُّلحُ على إحداثِه في الشارعِ (٣) وبه صَرَّحَ الأصلُ في مَبحَثِه **(ويكونُ)** المُصالحُ **(شَريكَهم)** في السِّكَّةِ بقدرِ ما مَلَكَ بالمُصالحَةِ فهي بَيْعٌ **(إلا إنْ قَدَّرَ مُدَّةً فهي إجارَةٌ)** والمُستثنَى منه صادِقٌ بما إذا أطلَقوا ، وبما إذا شَرَطوا التأبيدَ (٤) ، وقَيَّدَ الأذْرَعيُّ الجوازَ فيهما (٥) بما إذا لم يكُن بالسِّكَّةِ مَسجِدٌ أو نحوُه كَدارٍ موقوفةٍ على مُعَيَّنٍ أو غيرِه ، وإلا فلا يجوزُ ؛ إذ البيعُ لا يُتصَوَّرُ في الموقوفِ وحُقوقِه ، قال : وأمَّا الإجارَةُ - والحالَةُ هذه - فيُتَّجَه فيها تفصيلٌ لا يخفَى على الفقِيه استخراجُه .

---

(١) (قوله : وفرَّقَ في المطلَب بأنَّه هنا إلخ) اُعترِضَ من أوجُهٍ : أحدُها : أنَّ المُستعيرَ في باب العاريَّةِ لِلبناءِ قد وطَّنَ نفسَه على القلعِ ، وإذا كان مع ذلك يضمَنُ له المالِكُ الأرشَ فبالأولى إنْ لَم يوطِّنْ نفسَه على الرُّجوعِ ، ولأنَّ البناءَ في مِلكِه لا يمنَعُ أرشَ تعَيُّبِ الجِدارِ بالنقب ، وأيضًا فهو غيرُ مُطَّرِدٍ ؛ لأنَّ صاحِبَ التتمَّةِ ذكرَ أنَّه إذا أعارَ أرضًا لِلدَّفنِ ثم رَجَعَ بعدَ الحفرِ ، وقبلَ وضعِ الميِّت أنَّ المُعَيِّرَ يغرَمُ الأُجرَةَ لِوليِّ الميِّت مع أنَّه لا نَقصَ فيه ، وإنَّما هو تفويتُ مَنفعَةٍ .

(٢) (قوله : والأولى أنْ يُفرِّقَ بين الرُّجوعِ هناكَ إلخ) هذا إيضاحٌ لِفرقِ المطلَب .

(٣) (قوله : ومنه عُلِمَ أنَّه لا يجوزُ الصُّلحُ عن إحداثِه في الشارعِ) سَواءٌ أكان المُصالِحُ الإمامَ أم غيرَه لِما مَرَّ ولأنَّه إنْ ضَرَّ لَم يجُز فِعلُه ، وإن لَم يضُرَّ فالمُخرِجُ يستحِقُّه ، وما يستحِقُّه الإنسانُ في الطَّريقِ لا يجوزُ أخذُ العِوضِ عنه كالمُرورِ .

(٤) (قوله : والمُستثنَى منه صادِقٌ بما إذا أطلَقوا أو بما إذا شَرَطوا التأبيدَ) فهو بَيْعُ جُزءٍ شائعٍ من الدَّرب ، وجَعلُ الفاتحِ كأحدِهم كما لو صالَحَ رَجُلا على مالٍ لِيُجْرِي في أرضِه نَهرًا كان ذلك تمليكًا لِلنَّهرِ .

(٥) (قوله : وقَيَّدَ الأذْرَعيُّ الجوازَ فيهما إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(ويجوزُ لِمَن دارُه في آخرِ السّكَّةِ تقديمُ بابه فيما يختصُّ بـه ، وجَعلُ ما بينهما) أي بين آخرها وبابـه (دِهليزًا) بكَسرِ الدَّالِ ، لأنَّه تصَرَّف في مِلكِه (وإنْ صالَحَه) غيرُه بمالٍ (ليُجْرِي نَهرًا في أرضِه فهو تمليكٌ له) أي لِلمُصالِحِ (لِمكانِ النهرِ بخلافِ) الصُّلحِ عن (إجراءِ الماءِ على السَّقفِ ، و) عن (فتحِ بابٍ إلى دارِ الجارِ فإنَّه يصِحُّ وليس تمليكًا) لِشيءٍ من السَّقفِ والدَّارِ (؛ لأنَّ المقصودَ منهما) في عَقدِ الصُّلحِ (عَينُ الإجراءِ والاستطراقِ) مع كونِهما لا يُقصَدُ منهما ذلك في ذاتِهما بخلافِ الأرضِ ، وهذا لا يُنافي فرقَ الأصلِ بين عَدَمِ المِلكِ فيهما والمِلكِ في السّكَّةِ بالصُّلحِ عن فتحِ بابٍ فيها بأنَّها لا تُرادُ إلا لِلاستطراقِ فإثباتُه فيها يكونُ نَقلا لِلمِلكِ بخلافِهما ، فإنَّه لا يقصِدُ بهما الاستطراقَ وإجراءَ الماءِ . ولو قُرِئَ غيرُ بالمُعجَمَةِ والرَّاءُ لم يحتجْ لِلعِنايةِ المذكورَةِ .

(ومُشتري حَقِّ إجراءِ النهرِ فيهما) أي في السَّقفِ والدَّارِ (كمُشتري حَقِّ البناءِ) عليهما في أنَّ العقدَ ليس بَيعًا مَحضًا ، ولا إجارةً مَحضَةً بل فيه شائِبةُ بَيعٍ وإجارةٍ [1] كما سَيأتي بَيانُه ، والتصريحُ بهذا من زيادتِه هنا ، لكنْ في تعبيرِه بالنهرِ تجَوُّزٌ لأنَّ إجراءَ مائِه لا يأتي في السَّقفِ كما سَيأتي ولو قال فيها بلا ميمٍ [2] أي في الأرضِ لَسَلِمَ من ذلك .

(فرعٌ : لِلمالِكِ إحداثُ الكوَّاتِ [3] والشبابيكِ) ولو لِغيرِ الاستضاءَةِ ، لأنَّه تصَرَّفَ في مِلكِه / والكوَّاتُ جَمعُ كوَّةٍ بفتحِ الكافِ أفصحُ من ضَمِّها وهي الطَّاقَةُ ٢/٢٢٣

---

(١) (قوله : بل فيه شائِبةُ بَيعٍ وإجارَةٍ إلخ) جَوَّزَ الشافِعِيُّ ذلك في حُقوقِ الأملاكِ كَحَقِّ المُرورِ ومَجْرَى الماءِ لِمَسيسِ الحاجةِ كما جَوَّزَ العقدَ على المنافِعِ ، وإن كانت مَعدومَةً لِلضَّرورَةِ إرفاقًا بالناسِ ، والتعبيرُ بالشائِبةِ صَوابٌ ، وإنْ قال النوويُّ في الدَّقائِقِ : إنَّه تصحيفٌ .

(٢) (قوله : ولو قال فيها بلا ميمٍ إلخ) هو كذلك في النُّسَخِ المُعتَمَدَةِ .

(٣) (قوله : فرعٌ لِلمالِكِ إحداثُ الكوَّات إلخ) قَيَّدَه صاحِبُ الشافي بما إذا كانت عاليةً لا يقَعُ النظَرُ فيها على دارِ جارِه ورُدَّ بتصريحِ الشيخِ أبي حامِدٍ بجَوازِ فتحِ كوَّةٍ في مِلكِه مُشرِفةٍ على جارِه ، وعلى حَرِيمِه ولا يكونُ لِلجارِ مَنعُه ؛ لأنَّه إذا أرادَ رَفعَ جَميعِ الحائِطِ لَم يُمنَع منه فإذا رَفعَ بعضَه لَم يُمنَع قال بعضُ المتأخِّرينَ : ويندَفِعُ الضَّرَرُ عن الجارِ بأَنْ يبني في مِلكِه جِدارًا يُقابِلُ الكوَّةَ ويسُدُّ ضَوأَها ورُؤيتَها ، فإنَّه لا يُمنَعُ من ذلك وكَتَبَ أيضًا ، وله نَصبُ شُبَّاكٍ عليها بحيثُ لا يخرُجُ منه شيءٌ فإنْ خَرَجَ هو أو غِطاؤُه كان كالجناحِ قال السُّبكِيُّ : فليُتنَبَّهْ لِهذا ، فإنَّ العادَةَ أن يُعمَلَ في الطَّاقاتِ أبوابٌ تخرُجُ فتمنَعُ من هَواءِ الدَّربِ ، وقولُه قال السُّبكِيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(و) له (حَفرُ سِردابٍ أحكَمَه بين دارَيْه تحت الطَّريقِ النافِذِ) لأنَّه لا يضُرُّ بالمارَّةِ (لا) تحت الطَّريقِ (المسدودِ) ؛ لأنَّه تصرَّف في مِلكِ غيرِه ، أو في مُشترَكٍ وهو ممنوعٌ بغيرِ إذنٍ كما مَرَّ ، وبما تقرَّرَ عُلِمَ أنَّ الطَّريقَ يُقالُ على النافِذِ وعلى غيرِه وبينه وبين الشارعِ عُمومٌ مُطلَقٌ ؛ لأنَّ الطَّريقَ عامٌّ في الصَّحاريِ والبُنْيانِ والنافِذِ وغيرِه ، والشارعُ خاصٌّ بالبُنْيانِ وبالنافِذ .

(فصلٌ : له مَنعُ جارِه من وضعِ جِذْعٍ) بالمُعجَمَةِ أي خَشَبةٍ ، ومن بناءٍ (على جِدارِه) لِخَبَرِ «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلامِ» [1] ولِخَبَرِ الدَّارَقُطْنيِّ والحاكِمِ في صحيحِه «لا يحِلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطيب نفسٍ منه» [2] ولأنَّه انتفاعٌ بمِلكِ الغيرِ فأشبَهَ البناءَ في أرضِه والحملَ على بَهيمَته ، وأمَّا خَبَرُ الصَّحيحينِ «لا يمنَعَنَّ أحدُكُم جارَه أنْ يضعَ خَشَبةً في جِدارِه» [3] فأُجيبَ عنه بأنَّه محمولٌ على الندب [4] وبأنَّ الضَّميرَ في جِدارِه لِجارِه لِقُربه [5] أي لا يمنَعُه أنْ يضعَ خَشَبةً في جِدارِ نفسِه ، وإنْ تضَرَّرَ به من جِهَةِ مَنعِ الضَّوءِ والهَواءِ ورُؤْيَةِ الأماكِنِ المُستظْرَفةِ ونحوِها وخَشَبة رويَ بالإفرادِ مُنوَّنًا ، والأكثرُ بالجمعِ مُضافًا (ولو أعارَه) له لِذلك (فله الرُّجوعُ) [6] قبلَ

---

(١) صحيح : رواه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، حديث (٢٣٤٠) عن عبادة بين الصامت مرفوعًا ، ورواه أيضًا برقم (٢٣٤١) عن ابن عباس مرفوعًا .

(٢) الدارقطني في سننه (٣/٢٦) ، والبيهقي في الكبرى (٦/١٠٠) .

(٣) البخاري ، كتاب المظالم والغصب ، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره ، حديث (٢٤٦٣) ، ومسلم ، كتاب المساقاة و باب غرز الخشب في جدار الجار ، حديث (١٦٠٩) .

(٤) (قوله : فأُجيبَ عنه بأنَّه محمولٌ على الندب) لِقوَّةِ العُمومات المُعارِضَةِ له ويُؤيِّدُه إعراضُ مَنْ أعرَضَ في زَمَنِ أبي هرَيْرَةَ .

(٥) (قوله : وبأنَّ الضَّميرَ في جِدارِه لِجارِه القريب أي لا يمنَعُه إلخ) ويتأيَّدُ بأنَّه القِياسُ الفِقهيُّ ، والقاعِدَةُ النحْوِيَّةُ فإنَّه أقرَبُ من الأوَّلِ فوجَبَ عَودُ الضَّميرِ إليه .

(٦) (قوله : ولو أعارَه فله الرُّجوعُ) يستفيدُ بها المُستعيرُ الوضعَ مَرَّةً واحدَةً حتى لو رَفعَ جُذوعَه أو سَقَطَتْ بنفسِها أو سَقَطَ الجِدارُ فبَناه صاحِبُه بتلك الآلَةِ لَم يكُن له الوضعُ ثانيًا في الأصحِّ ؛ لأنَّ الإذنَ إنَّما تناولَ مَرَّةً لو وضعَ أحدُ مالكيِ الجِدارِ جُذوعَه عليه بإذنِ شَريكِه ثم انهَدَمَ ذلك البناءُ ففي فتاوى القفَّالِ تجوزُ له إعادَةُ الجُذوعِ من غيرِ إذنِ شَريكِه قال الأذْرَعيُّ : والمُتبادرُ من إطْلاقِ الشيخَيْنِ وغيرِهما أنَّه لا فرقَ بين الجِدارِ المُختصِّ والمُشترَكِ في أنَّه لا تجوزُ له إعادَةُ الجُذوعِ إلا بإذنٍ جَديدٍ على الأصحِّ ويُشبه أنْ يكونَ ما قاله القفَّالُ وجهًا ثانيًا .

الوضعِ والبناءِ وبعدَهما كَسائِرِ العواريّ (فيقلَعُ) ذلك إنْ شاءَ (بالأرشِ) (١) أي مع غُرمِ أرشِ نَقصِه (أو يبقى) ذلك (بالأُجرَةِ) كما لو أعارَ أرضًا لِلبناءِ (وليس له التملُّكُ) لِذلك بقيمَته بخلافِ مَنْ أعارَ أرضًا لِلبناءِ فإنَّ له بعدَ رُجوعِه أنْ يتملَّكه بقيمَته (؛ لأنَّ الأرضَ أصلٌ فلا تتبَعُ البناءَ) بل تستتبِعُه ، والجِدارُ تابعٌ فلا يستتبِعُ ، فتعليلُ المُصنِّفِ مَحلُّه بعدَ قولِه (بخلافِ مَنْ أعارَ أرضًا لِلبناء) (٢) ولا يُخالِفُ ما ذُكِرَ هنا ما يأتي في العاريَّةِ من أنَّه لو أعارَ الشريكُ حِصَّته من أرضٍ لِلبناءِ ثم رَجَعَ لا يتمَكَّنُ من القلعِ مع الأرشِ لِما فيه من إلزامِ المُستعيرِ تفريغَ مِلكِه عن مِلكِه ، لأنَّ المُطالَبةَ بالقلعِ هنا توجَّهَتْ إلى ما مَلَكَ غيرُه بجُملَته ، وإزالةُ الظَّرفِ عن مِلكِ المُستعيرِ جاءَتْ بطَريقِ اللازِمِ بخلافِ الحِصَّةِ من الأرضِ فنَظِيرُ ما هناكَ إعارَةُ الجِدارِ المُشترَكِ (ويجوزُ الصُّلحُ على) بمَعنَى عن (وضعِه) أي الجِذعُ على الجِدارِ بمالٍ لأنَّه انتفاعٌ بالجِدارِ وهو إمَّا بَيْعٌ أو إجارَةٌ وسَيأتي بَيانُهما (بخلافِ) الصُّلحِ عن إشراعِ (الجناحِ ؛ لأنَّه هَواءٌ مَحْضٌ) أي لأنَّه صُلحٌ عن هَواءٍ مَحْضٍ ، وهذا عُلِمَ مِمَّا مَرَّ (وإنْ وجَدناه) أي الجِذعَ (موضوعًا) على الجِدارِ ، ولَمْ يُعلَم كيف وُضِعَ (فالظَّاهرُ أنَّه) وُضِعَ (بحَقٍّ فلا يُنقَضُ ويُقضَى) له (باستحقاقِه) دائمًا فلو سَقَطَ الجِدارُ وأُعيدَ فله إعادَةُ الجِذعِ ولِمالِك الجِدارِ نَقضُه إنْ كان مُستهدِمًا ، وإلا فلا ، كما صَرَّحَ به الأصلُ .

(فصلٌ : ليس لِلشَّريكِ) بغيرِ إذْنِ شَريكِه (تتريبُ الكُتَّاب من الجِدارِ

---

(١) (قوله : فيَقلَعُ بالأرشِ) ، لأنَّه لا يقدِرُ على تخليصِ مِلكِه إلا بتخريبِ جُملَةِ البناءِ فضَمِنَه كما لو أدخَلَ فصيلا مِلكَ إنسانٍ وكَبُرَ وصارَ لا يخرُجُ إلا بقَلعِ الباب فإنَّ لِمالِكِه قَلعَ الباب وغُرمَ النُّقصانِ فكذا هنا .

(٢) (قوله : بخلافِ مَنْ أعارَ أرضًا لِلبناءِ) هذا مُخالِفٌ لِما صحَّحه في الشرحِ الصَّغيرِ والرَّوضَةِ هنا أنَّه ليس لِلمُعيرِ إلا القلعُ أو التملُّكُ بالقِيمَةِ ولِما صحَّحه في المُحَرَّرِ والمنهاجِ من أنَّه ليس له إلا القلعُ أو التبقِيةُ بأُجرَةٍ .

(تنبيهٌ) قال في التتمَّةِ : لو انهدَمَ السَّقفُ ، وبَقِيَ الحائطُ بحالِه فإنْ كان الإذْنُ في وضعِ جِذعٍ بعَيْنِه على الحائطِ فأرادَ وضعَ غيرِه وكان الثاني أكبَرَ من الأوَّلِ ، وأثقَلَ منه لا يجوزُ بلا خلافٍ ، وإنْ كان الثاني مِثلَ الأوَّلِ أو أرادَ أنْ يُعيدَ ذلك الجِذعَ بعَيْنِه أو لَم يكُنِ الجِذعُ مُعَيَّنًا بل كان موصوفًا وأرادَ وضعَ جِذعٍ بتلك الأوصافِ فهل له ذلك من غيرِ إذْنٍ جَديدٍ أم لا المذهَبُ أنَّ له ذلك كما لو استعارَ دابَّةً لِيركَبَها مُطلَقًا من غيرِ أنْ يُقَدِّرَ الزَّمانَ أو المسافةَ فله أنْ ينتفِعَ بها ما لَم يرجِع وإنْ كان يترُكُ الانتفاعَ بها في زَمَنِ اللَّيلِ .

المُشترَكِ) بينهما (و) لا (إحداثُ كوَّةٍ ووتدٍ فيه) بكَسرِ التاءِ أشهَرُ من فتحِها ونحوِ ذلك ممَّا يُضايِقُ فيه عادَةً ، كما ليس له الانتفاعُ بسائِرِ المُشتركات بغيرِ إذْنٍ إمَّا بالإذْنِ فله ذلك بشرطِ أنْ لا يكونَ بعِوضٍ في مَسأَلَةِ الكوَّةِ وإلا كان صُلحًا عن الضَّوءِ والهَواءِ المُجرَّدِ ، ذكرَه ابنُ الرِّفعَةِ قال : وإذا فتحَ بالإذْنِ فليس له السَّدُّ أيضًا إلا به ، لأنَّه تصرَّف في مِلكِ الغيْرِ (وله الاستنادُ وإسنادُ المتاعِ) إلى جِدارِ شَريكِه ٢٢٤/٢ (وإلصاقُ جِدارٍ به) إذا كان كُلٌّ منهما (لا يثقُلُه) ونحوُ / ذلك ممَّا لا يُضايقُ فيه عادَةً ، لأنَّه لا ضَرَرَ فيه (ولو مُنِعَ) منه ، لأنَّه عِنادٌ مَحْضٌ [١] (وهكذا جِدارُ الغيْرِ) له ذلك فيه ، وإنْ مُنِعَ منه لِما ذُكِرَ ، وهو كالاستضاءَةِ بسِراجِ غيرِه والاستظْلالِ بجِدارِه [٢] .

(ولهما) أي الشريكينِ (قِسمَتُه عَرضًا في كمالِ الطُّولِ وعَكسِه) أي قِسمَتُه طولا في كمالِ العرضِ (بالتراضي) لا بالجبرِ فلو طلَبَها أحدُهما ، وامتنَعَ الآخَرُ لم يُجبَر لاقتضاءِ الإجبارِ القُرعَةَ ، وهي مُمتنِعَةٌ هنا ، لأنَّها رُبَّما أخرجَتْ لِكُلٍّ منهما ما يضُرُّ الآخَرَ في انتفاعِه بمِلكِه فقولُه من زيادَته (فقط) تأكيدٌ لِما قبله (والارتفاعُ) لِلجِدارِ من الأرضِ (سَمكٌ) بفتحِ السِّينِ ، والنُّزولُ منه إليها عُمقٌ بضَمِّ المُهْمَلَةِ (لا طولٌ وعَرضٌ) له بل طولُه امتدادُه من زاويةِ البيت إلى زاويتِه الأُخرى مَثَلا ، وعَرضُه هو البُعدُ النافِذُ من أحدِ وجهَيْه إلى الآخَرِ .

(و) كيف يُقسَّمُ الجِدارُ (هل يُشَقُّ) بالمنشارِ (أو يُعَلَّمُ) بعَلامَةٍ كَخَطٍّ فيه (وجهانِ) الظَّاهرُ جَوازُ كُلٍّ منهما ولا نَظَرَ في الأوَّلِ إلى أنَّ شَقَّ الجِدارِ إتْلافٌ له وتضييعٌ ، لأنَّهما يُباشِرانِ القِسمَةَ لأنفُسِهما فهو كما لو هَدَماه واقتسَما النقضَ (ويُجبَرُ على قِسمَةِ عَرضِه) أي الجِدارِ قبلَ بنائِه أو بعدَ هَدمِه إذا طَلَبَها منه شَريكُه (ولو) كانت (عَرضًا) في كمالِ (طولٍ ليختصَّ كُلٌّ) منهما فيما إذا اقتسَما عَرضًا في كمالِ الطُّولِ (بما يليه) فلا يقتسِمانِ فيه بالقُرعَةِ لِئَلاَّ يخرُجَ بها لِكُلٍّ منهما ما يلي الآخَرَ بخلافِ ما إذا اقتسَما طولا في كمالِ العرضِ ، وقولُه : ليختصَّ كُلٌّ بما يليه من زيادَته وفارَقَ ما ذُكِرَ في عَرصَةِ الجِدارِ ما مَرَّ فيه بأنَّها مُستويةٌ ، ويتيسَّرُ قِسمَتُها غالبًا بخلافِ

---

(١) (قولُه ، لأنَّه عِنادٌ مَحْضٌ) التصريحُ بقولِه لا يُثقِلُه من زيادَته ، وبه صَرَّحَ في التتمَّةِ وهو مَفهومٌ من التعليلِ بأنَّه عِنادٌ مَحْضٌ .

(٢) (قوله : والاستظْلالُ بجِدارِه) أي والمُرورُ في أرضِه إذا لَم يخشَ ضَرَرًا باتِّخاذِها طَريقًا.

الجِدارِ .

(فصلٌ : لو هَدَمَه) أي الجِدارَ المُشترَكَ بين اثنَيْنِ (أحدُهما) بغيرِ إذْنِ الآخَرِ لاستهدامِه أو لِغيرِه وفي نُسخَةٍ لو هَدَمَه أحدٌ (لَزِمَه الأرشُ) أي أرشُ النقصِ لا إعادَةُ البناءِ ؛ لأنَّ الجِدارَ ليس مِثليًا ، وعليه نَصُّ الشافِعِيّ في البويطيّ وإنْ نَصَّ في غيرِه على لُزومِ الإعادَةِ ، والترجيحُ من زيادَته [1] هنا (ولا إجبارَ على إعادَةِ الجِدارِ المشترَكِ بين المِلكَينِ) [2] وفي نُسخَةٍ المالكَيْنِ (ولا) على إعادَةِ (البيت المشتَرَكِ إذا انهَدَمَ) كُلٌّ منهما ، ولو بِهَدمِ الشريكَينِ له لاستهدامِه أو لِغيرِه كما لا يُجبَرُ على زَرعِ الأرضِ المُشترَكَةِ ؛ ولأنَّ المُمتنِعَ يتضرَّرُ أيضًا بتكليفِه العِمارَةَ نَعَم يُجبَرُ في الأرضِ على إجارَتِها على الصَّحيحِ وبها يندَفِعُ الضَّرَرُ ، وذِكرُ البيت من زيادَته ، قال في الأصلِ : ويجري ذلك في النهرِ والقناةِ والبئرِ المُشترَكَةِ واتِّخاذ سُترَةٍ بين سَطحيهما ، وإصلاحِ دولابٍ بينهما تشعَثُ إذا امتنَعَ أحدُهما من التنقِيةِ أو العِمارَةِ ، (ولا على سَقيِ النبات) من شَجَرٍ وغيرِه ، وهذا من زيادَته ، وبه صَرَّحَ القاضي وغيرُه ، وصَرَّحَ الجوريُّ بأنَّه يُجبَرُ عليه اتِّفاقًا ، ونَقَلَ في المطلَب المقالتَينِ قال الأذرَعِيُّ : والأوفقُ بكلامِهم في أواخرِ النفقات كلامُ القاضي (ولا على إعادَةِ

---

(١) (قوله : والترجيحُ من زيادَته هنا) وهو المشهورُ في المذهَب وحَكاه الإمامُ عن الأصحاب قاطِبةً، ونَقَلَ ابنُ الرِّفعَةِ في الصُّلحِ والغصب في المطلَب عن الإمامِ أنَّ التسويةَ في البناءِ مُمكِنَةٌ إذا كان بغيرِ طينٍ ونحوه بين الأحجارِ بل بعضُها فوقَ بعضٍ موضوعًا على هَيْئَةِ البناءِ ، وقال : إنَّه يُجبَرُ في هذه الحالَةِ على إعادَته كما في طَمِّ البئرِ بتُرابها قال في المُهِمَّات وهو واضِحٌ ، وفي القواعِدِ مِثلُ هذا وزادَ فقال : وكذلك لو رَفَعَ خَشَبةً من جِدارٍ أو حَجَرًا من بَيْنِ أحجارٍ فإنَّه يُشبه تسويةَ الحفرِ تنزيلا لِتماثُلِ التأليفِ مَنْزِلَةَ تماثُلِ المِثليّات واعترَضَه ابنُ العِمادِ بأنَّ هذا كلامُ مَنْ لَمْ يعرِفْ مُرادَ الشافِعِيّ وليس بين ما نَقَله البغَوِيّ عن الشافِعِيّ وبين ما قاله الأئمَّةُ مُخالَفَةٌ ، وذلك أنَّ القِياسَ الجاري على القواعِدِ أنَّ الغاصِبَ إذا غَصَبَ أو المُتلِف إذا أتلَف مِثليًا لَزِمَه مِثلُه ، وأنَّه إذا غَصَبَ شيئًا وفرَّقَ أجزاءَه وجَبَ عليه رَدُّه إلى ما كان عليه ومَعلومٌ أنَّ أجزاءَ الجِدارِ كُلَّها مِثليَّةٌ فالهادِمُ لِلجِدارِ إنْ أتلَف أجزاءَه لَزِمَه غَرامَةُ مِثلِها ، وإنْ هَدَمَه فقط فالمالِكُ مُخَيَّرٌ إنْ شاءَ كلَّفه رَدَّه كما كان وعليه يُحمَلُ نَصُّ الشافِعِيّ الذي نَقَله البغَوِيّ وإنْ شاءَ غَرَّمَه أرشَ ما نَقَصَ ، وعليه يُحمَلُ كلامُ البويطيّ .

(٢) (قوله : ولا إجبارَ على إعادَةِ الجِدارِ المُشترَكِ إلخ) قال الزَّركَشِيُّ : ينبَغِي تقييدُه بمُطلَقِ التصرُّفِ فلو كان بمَحجورٍ عليه ومَصلَحَتُه في العِمارَةِ وجَبَ على وليّه الموافقَةُ ، ولا يخفى أنَّ مَحَلَّه في غيرِ الوقفِ أمَّا الوقفُ فإنَّ الشريكَ فيه تجِبُ عليه العِمارَةُ فلو قال أحدُ الموقوفِ عليهم : لا أُعَمِّرُ أُجبِرَ المُمتنِعُ على العِمارَةِ لِما فيه من بَقاءِ عَيْنِ الوقفِ .

السُّفلِ) استقلالا ، أو مُعاونَةً (لِصاحِبِ العُلوّ) أي لينتفِعَ به فلو كان عُلوُّ الدَّارِ لِواحِدٍ ، وسُفلُها لآخَرَ وانهدَمَتْ فليس لِلأوَّلِ إجبارُ الثاني على إعادَةِ السُّفلِ ولا لِلثَّاني إجبارُ الأوَّلِ على مُعاونَته في إعادَته ، والسُّفلُ والعُلوُّ بضَمِّ أوَّلِهما وكَسرِه .

(بل) انتقاليَّةٌ لا إبطاليَّةٌ (لِلشَّريكِ في الجِدارِ) المُشتَرَكِ (بين المِلكَينِ بناؤُه [١] بمالِه) أي بآلَته فليس لِلآخَرِ مَنعُه ؛ لأنَّ له غَرَضًا في وُصولِه إلى حَقِّه بخلافِ بنائِه بآلَةِ الآخَرِ أو بالآلَةِ المُشترَكَةِ [٢] ثم ما أعادَه بآلَته مِلكُه يضعُ عليه ما شاءَ وينقُضُه إذا شاءَ إلا أن يكونَ لِلآخَرِ عليه قبلَ ذلك بناءٌ كما سَيأتي في كلامِه قال القاضي أبو الطَّيِّب وابنُ الصَّبَّاغِ ، فإنْ قِيلَ : أساسُ الجِدارِ بينهما فكيف جَوَّزتُم له بناءَه بآلَته ، وأنْ ينفرِدَ بالانتفاعِ به بِغَيْرِ إذْنَ شَريكِه قلنا : لأنَّ له حَقًّا في الحملِ
٢٢٥/٢ عليه [٣] / فكان له الإعادَةُ قال في الأصلِ : ولو قال الآخَرُ : لا تنقُضه لأغرَمَ

(١) (قوله : بل لِلشريكِ في الجِدارِ بين المِلكينِ بناؤُه بمالِه) خَرَجَ بقوله بمالِه ما إذا أرادَ إعادَته بنقضِه المُشترَكِ فإنَّ لِلآخَرِ مَنعَه كَسائِرِ الأعيانِ المُشترَكَةِ ، وأفهَمَ جَوازُ الإقدامِ عليه عندَ عَدَمِ المنعِ وقال في المطلَب : إنَّه مَفهومٌ من كلامِهِم بلا شَكٍّ .

(٢) (قوله : بخلافِ بنائِه بآلَةِ الآخَرِ أو بالآلَةِ المُشترَكَة) أي فإنَّ له مَنعَه وسَكَتا عمَّا لو بَناه هل له نَقضُه ، وقال القاضي الحُسَينُ والإمامُ : ليس له ذلك ، وكذا قاله ابنُ كَجٍّ قال : ويُحتَمَلُ تمكينُه لأجلِ الأعيانِ المُشترَكَةِ .

(٣) (قوله : قُلنا : لأنَّ له حَقًّا في الحملِ عليه) فكان له الإعادَةُ ولأنَّه يجوزُ لِصاحِبِ العُلوِّ بناءُ السُّفلِ غيرِ المُشترَكِ بآلَته فجَوازُه في المُشترَكِ أولى ، وكَتَبَ أيضًا قَضيَّتُه أنَّه إذا لَم يكُن له عليه بناءٌ ولا جُذوعٌ لا يكونُ له إعادَتُه ونحوُه قولُ القاضي الحُسَينِ ؛ لأنَّه له حَقُّ البناءِ عليه وفي الذَّخائِرِ لا يمنَعُ وإن كان فيه انتفاعٌ بعَرصَةِ شَريكِه من غيرِ إذنِه ؛ لأنَّ له حَقًّا في إعادَته والحملِ عليه فكان له ذلك بخلافِ مَنْ يُريدُ يبتدِئُ الانتفاعَ ، وقال في الخادِمِ يُجابُ بأنَّ الانتفاعَ بالأُسِّ يقَعُ تابعًا لا مَقصودًا ، والمقصودُ بالانتفاعِ إنَّما هو الجِدارُ فلِهذا مَكَّنَّاه منه ، ولِهذا لو قال : بعتُك الدَّارَ وأُسَّها دَخَلَ الأُسُّ تبَعًا ، ولَم يكُن بَيْعَ مَجهولٍ ؛ لأنَّه غيرُ مَقصودٍ فكان الضَّرَرُ فيه أخَفَّ بخلافِ الجِدارِ ، فإنَّ الضَّرَرَ فيه يعظُمُ ثم ذُكِرَ عن بعضِهِم أنَّ صورَتَها أنْ يكونَ له حَقٌّ في الحملِ عليه ، وعن بعضِهِم أنَّ صورَتَها ما إذا كان الموضِعُ لِلبَّاني وحدَه ثم قال : وعلى الجوابِ الذي ذكرناه أوَّلا لا يُحتاجُ إلى شيءٍ من ذلك . وتبقَى المسألَةُ على عُمومِها ، وكَتَبَ أيضًا قال بعضُهم : إعادَةُ ما انهدَمَ بآلَةِ نفسِه ليصِلَ إلى حَقِّه مَن رَخَّصَ الشارِعُ لِلمُستحِقِّ في التصرُّفِ في حَقِّ الغيرِ حيثُ انحَصَرَ كونُ هذا التصرُّفِ طَريقًا إلى الوُصولِ إلى حَقِّه كما رَخَّصَ لِلمُستحِقِّ في التصرُّفِ في مالِ مَديونِه المُمتنِعِ من الأداءِ إذا ظَفِرَ به ، ومَن قال : إنَّما يجوزُ لأحدِ الشريكينِ الإعادَةُ بآلَةِ نفسِه من غيرِ إذنِ الآخَرِ حيثُ يختَصُّ .....=

لَكَ نِصْفَ القِيمَةِ لم تلزَمه إجابَتُه كابتداءِ العِمارَةِ ، ولو أنفقَ على البئرِ والنهرِ فليس لـه مَنعُ الشريكِ مـن الانتفـاعِ بالمـاءِ بسَقيِ الزَّرعِ وغيرِه ، ولـه مَنعُـه مـن الانتفـاعِ بالدُّولاب والبكَرَةِ المُحْدَثَيْنِ [1] .

(فإنْ كان لِشَريكِه عليه) أي الجِدارِ المُنهَدِمِ (جِذْعٌ خُيِّرَ الباني) له (بين تمكينِ الشريكِ من إعادَتِه) أي الجِذْعِ (أو نَقضٍ) الوجه ونَقضِ (بنائِه) الذي أعادَه ليُبنَى معه الآخَرُ ويُعيدُ جِذعَه . (ولِصاحِبِ العُلوِ بناؤُه) أي السُّفلِ (بمالِه فقَطْ ، ويكونُ) المُعادُ (مِلكَه) ويأتي فيه ما مَرَّ ، وقولُه : فقَطْ تأكيدٌ لِما قبله (، ولِصاحِبِ السُّفلِ السُّكنَى) في المُعادِ ، لأنَّ العرصَةَ مِلكُه وليس له الانتفاعُ به بفتحِ كوَّةٍ وغَرزِ وتدٍ ونحوِهما (ولِلأعلى هَدمُه) ، لأنَّه مِلكُه (وكذا لِلأسفلِ) هَدمُه (إنْ بَناه) أي الأعلى (قبلَ امتناعِه) أي الأسفلِ من البناءِ (ما لم يبنِ) الأعلى (عُلوَّه فإنْ بَناه فلِلأسفلِ تملُّكُ السُّفلِ بالقِيمَـةِ) وليس لـه هَدمُه أمَّا إذا بَنَى السُّفلَ بعدَ امتناعِ الأسفلِ فليس له تملُّكُه ولا هَدمُه لِتقصيرِه سَواءٌ أبَنَى عليه الأعلى عُلوَّه أم لا رُبَّما قاله كَغيرِه يُؤْخَذُ [2] أنَّ لـه البناءَ بآلَتـه ، وإنْ لـم يمتنِع الأسفلُ منه ، ومِثلُه الشريكُ في الجِدارِ المُشترَكِ ونحوِه ، وفي ذلك وقفةٌ .

(فرعٌ) : لو (تعـاونَ الشريكـانِ) ببَدَنِهمـا أو بإخراجِ مـالٍ (في العِمـارَةِ) لِلجِدارِ المُشترَكِ بينهما نِصفَينِ بعدَ انهدامِه (بنِقضِه) بكَسرِ النُّونِ وضَمِّها (وشَرَطا التفاضُلَ) بينهما فيه (لَم يجُزْ) ، لأنَّـه شرطُ عِوضٍ من غيرِ عِوضٍ ، (فلو أعادَه أحدُهما به) أي بنَقضِه (أو بآلَةِ نفسِه بإذنِ الآخَـرِ) فيهما (ليكونَ له الثُّلُثـانِ) منه (جازَ) وكـان السُّدُسُ الزَّائِدُ في مُقابَلَةِ عملِه في نَصيبِ الآخَرِ في الأُولى وثُلُثِ آلَتـه وعملِه في مُقابَلَةِ سُدُسِ العرصَةِ في الثانيـةِ ، هذا (إنْ شَرَطَ له السُّـدُسَ من

= الأُسِّ به ، إذ رُبَّما يُريدُ شَريكُـه الانتفاعَ بوجهٍ آخَرَ فقد سَها ، لأنَّ مَنْ كان شَريكًا في النقضِ من غيرِ شَرِكَةٍ في الأُسِّ إذا أخَذَ حِصَّته من النقضِ يصيرُ أجنبيًّا عن الأُسِّ وعن الآلَـةِ التي يُعيدُها شَريكُه والمبحَثُ إعادَةُ أحدِ الشريكينِ ومَنعُ الشريكِ الآخَرِ لا مَنعُ الأجنَبيِّ لِلمالِكِ .

(١) (قوله : وله مَنعُه من الانتفاع بالدُّولاب والبكَرَةِ المُحْدَثَيْنِ) قال شيخُنا لـو كان البئرُ لا يحتمِلُ إلا دَلوًا واحدًا ورِشاءً واحدًا قِيلَ له إمَّا أنْ تُمكِّنَ الشريكَ من الاستقاءِ بهما وإمَّا أنْ ترفعَهما عندَ المُقابَلَةِ لينصِبَ هو رِشاءً أو دَلوًا فلو فعل الأوَّلُ ، ولَم يوافِقه الشريكُ وطَلَبَ رَفعَهما لينصِبَ هو رِشاءً أو دَلوًا لَزِمَه ذلك .

(٢) (قوله : وبما قاله كَغيرِه يُؤْخَذُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

النقضِ) في الأُولى ، ومن العرصَةِ في الثانيـةِ ، ولِلآخرِ فيها ثُلُثُ الآلَـةِ (في الحالِ وعُلِمَت الآلَةُ و) عُلِمَ (وصْفُ الجِدارِ) بالوجه الآتي بَيانُه ، فإنْ شَرَطَ لـه ذلك بعدَ البناءِ أو لم تُعلَم الآلَةُ ، أو وصْفُ الجِدارِ ، ولَم يصِحَّ لِلجَهْلِ في الأخيرَتيْنِ ، ولِعَدَمِ صِحَّةِ تأجيلِ الأعيانِ في الأُولى .

(فصْلٌ : لِصاحِبِ العُلوِّ وضعُ الأثقالِ المُعتادَةِ على السَّقفِ) المملوكِ لِلآخرِ أو المُشترَكِ بينهما (ولِلآخرِ التعليقُ المُعتـادُ) به كَثوبٍ (ولو بوتدٍ يتدُه) فيه ، وكذا الاستكانُ به كما فُهِمَ بالأُولى ، وصَرَّحَ به الأصلُ لأنَّا لو لم نُجَوِّزْ ذلك لَعَظُمَ الضَّرَرُ وتعَطَّلَت المنافِعُ (بخلافِ الجِدارِ) المُشترَكِ وغيرِه ليس لأحدِ الشريكينِ مَثَلًا أن ينتفِعَ به ما يُضايِقُ فيه عادَةً كما مَرَّ ، وفرَّقَ بينهما باتِّباعِ العُرفِ ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الأعلى ثبَت له الانتفاعُ قَطعًا فثبَت لِلأسفلِ ذلك تسوِيةً بينهما ، وفي الجِدارِ لم يثْبُتْ لأحدِهما ذلك فلَم يثْبُتْ لِلآخَرِ تسوِيةً بينهما (وفي جَوازِ) غَرزِ (الوتـدِ لِصاحِبِ العُلوِّ) فيما يليه (وجهانِ) :

أحدُهما : نَعَم [١] كالأسفلِ وهو الظَّاهرُ .

والثاني : لا لِنُدورِ حاجَته بخلافِ التعليقِ .

(فرعٌ : تجوزُ إعـارَةٌ لِعُـلوٍّ) من جِدارٍ ونحوِه (لِلبنـاءِ عليه وإجارَتـه) لِذلك كَسائِرِ الأعيانِ التي تُعارُ وتُؤَجَّرُ (فإنْ باعَه حَقَّ البناءِ أو العُلوِّ) بأنْ قال له بعتُك حَقَّ البناءِ أو العُلوِّ (لِلبناء عليه بثَمَنٍ مَعلومٍ استحَقَّه) أي حَقَّ البناءِ عليه بخلافِ ما إذا باعَه وشَرَطَ أنْ لا يبني عليه أو لم يتعَرَّض لِلبنـاءِ عليه ، لكن لِلمُشتري أنْ ينتفِعَ به بما عَدا البناءَ من مُكثٍ وغيرِه كما صَرَّحَ به السُّبكيُّ تبعًا لِلماورديِّ (وهو) أي العقدُ المذكورُ (مُترَدِّدٌ بين البيعِ) لكونِه مُؤَبَّدًا (والإجارَةِ) لِوُرودِه على المنفعَةِ فلا تُملَكُ به عَيْنٌ ، وإنْ أوهَمَ خلافَه تعبيرُ الشافِعِيِّ وكَثيرٌ من أصحابه ببَيْعِ السَّقفِ

٢٢٦/٢ لِلبنـاءِ عليه / (فلو عَقَـدَ) على ذلك (بلَفظِ الإجارَةِ صَحَّ وتأبَّـدَ) الحَقُّ (إنْ لم يُؤَقَّتْ) [٢] بوقتٍ ، وإلا فلا يتأبَّدُ ويتعَيَّنُ لَفظُ الإجارَةِ ، وجازَ تأبيـدُ هذه الحُقوقِ لِلحاجـةِ إليها على التأبيدِ كالنِّكاحِ والعقـدِ في صورَةِ الإجارَةِ التي لا تأقِيت فيها عَقدُ

---

(١) (قوله : أحدُهما نَعَم إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قولُه فلو عَقَدَ بلَفظِ الإجارَةِ صَحَّ وتأبَّدَ إن لَم يُؤَقَّتْ) قال الزَّركَشيُّ : لو كانت الدَّارُ وقفًا عليه وأجَّرَه فلا بُدَّ من بَيانِ المُدَّةِ قَطعًا ذكرَه القاضي الحُسَيْنُ .

إجارةٍ أُغْتُفِرَ فيه التأبيدُ لِما ذُكِرَ (ومَنْ هَدَمَ السُّفلَ) مالِكُه أو غيرُه (طولِبَ بقِيمَةِ حَقِّ البناءِ) على العُلوِّ (لِلحيلولَةِ) بينه وبين حَقِّه سَواءٌ أبَنَى الأعلى أم لا (مع) غُرمِ (الأرشِ) له أي أرشِ نَقصِ البناءِ [١] (إنْ كان قد بَنَى) وإلا فلا أرشَ (فإنْ أُعيدَ السُّفلَ أُستُعيدَت القِيمَةُ) لِزَوالِ الحيلولَةِ ، وله البناءُ إنْ لم يكُنْ بَنَى ، وإعادَتُه إنْ كان قد بَنَى ، وكذا لو انهَدَمَ بنفسِه ، وأُعيدَ فلا ينفسِخُ هذا العقدُ بعارِضِ هَدمٍ وانهدامٍ لالتحاقِه بالبُيوعِ ذكرَه الأصلُ [٢] .

(تنبيهٌ) لا يغرَمُ الهادِمُ أُجرَةَ البِناءِ لِمُدَّةِ الحيلولَةِ قال الإمامُ : لأنَّ الحقَّ على التأبيدِ وما يتقَدَّرُ لا ينحَطُّ مِمَّا لا يتناهَى قال الإسنَويُّ : وفي كلامِه إشارَةٌ إلى الوُجوب فيما إذا وقعَت الإجارَةُ على مُدَّةٍ والمُتَّجه عَدَمُ الوُجوب [٣] ، لأنَّ وُجوبَ الأُجرَةِ لِلحيلولَةِ إنَّما مَحَلُّه عندَ قِيامِ العينِ ، ولَم يُصَرِّحوا بوُجوب إعادَةِ الجِدارِ على مالِكِه وينبغي أنْ يُقال : إنْ هَدَمَه مالِكُه عُدوانًا فعليه إعادَتُه وإنْ هَدَمَه أجنَبِيٌّ أو مالِكُه ، وقد استُهْدِمَ لم تجِب لكنْ يثْبُتُ لِلمُشتري الفسخُ إنْ كان ذلك قبلَ التخليةِ .

(فرعٌ : يُشترَطُ) في صِحَّةِ الإذنِ في البناءِ (بَيانُ مَكان البناءِ) ليتمَيَّزَ عن غيرِه وهذا أولى من قولِ أصلِه يجِبُ بَيانُ قدرِ الموضِعِ المبنيِّ عليه طولا وعَرضًا ، إذْ ليس فيه بَيانُ مَكانِ البناءِ ، وأمَّا بَيانُ قدرِه طولا وعَرضًا فَمعلومٌ من قولِه (وكذا سَمكُه) أي البناءِ (وطولُه وعَرضُه وصِفتُه) كَكونِه مُنَضَّدًا أو خالي الجوفِ ، وكونُه من آجُرٍّ وجِصٍّ أو من لَبِنٍ وطينٍ ونحوِها (وكيفيَّةِ السَّقفِ المحْمولِ) على البناءِ كَكونِه خَشَبًا أو قَصَبًا أو جَريدًا أو إزجًا ، لأنَّ الغرَضَ يختلِفُ بذلك (سَواءٌ كان) الإذنُ فيه (بعِوضٍ أم لا) وعُلِمَ من كلامِه ما صَرَّحَ به أصلُه أنَّه لا يُشترَطُ التعَرُّضُ لِوزنِ ما يبنيه عليه ، لأنَّ التعريف في كُلِّ شيءٍ بحَسَبِه (وتُغْني مُشاهَدَةُ الآلَةِ عن كُلِّ وصْفٍ) ، هذا كُلُّه إذا أذنَ في البناءِ على غيرِ الأرضِ من جِدارٍ أو نحوِه .

(فإنْ بَنَى) يعني فإنْ أذنَ في البناءِ (على الأرضِ كَفَى بَيانُ مَكانِ البناءِ)

---

(١) (قوله : أي أرشُ نَقصِ البناءِ) وهو ما بين قِيمَته قائمًا ومَهدومًا .

(٢) (قوله : ذكرَه الأصلُ) قال الإسنَويُّ لكنَّ المُتَّجَهَ وهو الذي يُشعِرُ به سياقُ كلامِ المُصَنِّفِ وتعليلُ الرَّافِعِيِّ واختصاصُ ذلك بما إذا وقَعَ العقدُ بلَفظِ البيعِ ونحوِه فأمَّا إذا أجَّرَه إجارَةً مُؤَقَّتةً فينبَغي تخريجُ الفسخِ على الخلافِ في انهدامِ الدَّارِ .

(٣) (قوله : والمُتَّجه عَدَمُ الوُجوب) أشارَ إلى تصحيحِه .

لأنَّ الأرضَ تحمِلُ كُلَّ شيءٍ فلا يختلِفُ الغرَضُ إلا بقدرِ مَكانِ البناءِ ، قال الأذرَعيُّ وغيرُه : وسَكَتوا عن حَفرِ الأساسِ ، وينبغي اشتراطُ بَيانِ قدرِه [١] لاختلافِ الغرَضِ به ، فإنَّ المالك قد يحفِرُ سِردابًا أو غيرَه تحت البناءِ لينتفِعَ بأرضِه ، ويمنَعُ من ذلك مُزاحَمَةَ تعميقِ الأساسِ بل ينبغي أنْ لا يصِحَّ إيجارُ الأرضِ لِلبناءِ عليها ولا بَيْعُ حَقِّ البناءِ فيها إلا بعدَ حَفرِ الأساسِ ليرَى ما يُؤجَرُه أو يبيعُه أو يبيعُ حُقوقَه ، اللَّهمَّ إلا أنْ يكونَ وجه الأرضِ صَخرَةً لا يحتاجُ أنْ يُحفرَ لِلبناءِ أساسٌ أو يكونَ البناءُ خَفيفًا لا يحتاجُ إلى أساسٍ ، والبحثُ الأخيرُ محَلُّه إذا آجرَه ليبني على الأساسِ لا فيما إذا آجرَه الأرضَ ليبني عليها ويُبَيِّنَ له موضِعَ الأساسِ ، وطوله وعَرضَه وعُمقَه أخذًا من كلامِ الشامِلِ الآتي على ما يأتي بَيانُه .

(فصلٌ) لو (تنازَعا في سُفلٍ عليه عُلوٌّ لِلمُدَّعَى عليه فأقرَّ به لِلمُدَّعي فاصْطَلَحا على أنْ يبني) المُدَّعي (على العُلوِّ) ويكونُ السُّفلُ لِلمُدَّعَى عليه (فهو بَيْعٌ لِلسُّفلِ بحَقِّ البناءِ) على العُلوِّ (أو ادَّعَى عليه بَيْتًا فأقرَّ) له (به وتصالحَا على أنْ يبني المقِرُّ على سَطْحِه) أي البيت (فهو عاريَةٌ) له

(فصلٌ : يجوزُ بَيْعُ حَقِّ إجراءِ ماءِ المطَرِ لا [٢] غيرِه) من سَطحِ المُشتري (على السَّطحِ) أي سَطحِ البائِعِ لينزِلَ الطَّريقَ (وإجارَتُه وإعارَتُه) كما يجوزُ ذلك على الأرضِ هذا (إنْ عُرِفت السُّطوحُ التي يجْري) الماءُ (منها وإلَيها) ومجْرَى الماءِ كما ذكرَه الأصلُ لاختلافِ الغرَضِ بها ، ولا بَأسَ بالجهلِ بقدرِ ماءِ المطَرِ لأنَّه لا يُمكِنُ مَعرفتُه ، وهذا عَقدٌ جُوِّزَ لِلحاجةِ ، وخَرَجَ بماءِ المطَرِ ما صَرَّحَ به من زيادَته بقولِه : لا غيرِه كماءِ نَهرٍ أو عَينٍ أُريدَ سَقيُ الأرضِ به لِما سَيأتي في ماءِ الغُسالَةِ (فإنْ بَنَى) على سَطحِه بعدَ العقدِ (ما يمنَعُ النُّفوذَ) لِماءِ المطَرِ (نَقبَه المشتري والمستأجِرُ) وأجرَيا الماءَ فيه لِمِلكِهما المنفعَةَ (لا المستعيرُ) ، لأنَّ بناءَ ذلك رُجوعٌ في العاريَةِ (ولا يجِبُ على مُستحِقِّ إجراءِ الماءِ في مِلكِ غيرِه مُشارَكتُه) أي الغيرِ

---

(١) (قوله : وينبَغي اشتراطُ بَيانِ قدرِه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه.

(٢) (قوله : يجوزُ بَيْعُ حَقِّ إجراءِ ماءِ المطَرِ لا غيرِه إلخ) شرطُ المُصالحَةِ على إجراءِ ماءِ المطَرِ على سَطحِ غيرِه أنْ لا يكونَ له مَصرِفٌ إلى الطَّريقِ إلا بمُرورِه على سَطحِ جارِه قاله الإسنَويُّ ويجْري ذلك أيضًا في الأرضِ الموقوفةِ ، والمُستأجَرَةِ كما قاله سُلَيمٌ في التقريب وغيرِه قال لكن يُعتبَرُ هنا أمرانِ التأقِيتُ ، لأنَّ الأرضَ غيرُ مَملوكَةٍ فلا يُمكِنُه العقدُ عليها مُطلَقًا ، وأنْ يكونَ هناكَ ساقِيةٌ ، لأنَّه ليس له إحداثُ ساقِيةٍ فيها ابتداءً .

(في العِمارَةِ) له إذا انهَدَمَ ، ولو بسَبَب الماءِ ، لأنَّها تتعَلَّقُ بالآلات ، وهي لِمالِكِها ، ولأنَّ الانهدامَ بسَبَب الماءِ تولَّدَ من مُستحِقٍّ .

٢٢٧/٢ / (وأمَّا الأرض فلا حاجةَ في العاريَّةِ) لها (إلى بَيانٍ ، لأنَّه يرجِعُ) فيها (مَتى شاءَ والأرضُ تحْمِلُ) ما تحْمِلُ (وإنِ استأجَرها) لإجراءِ الماءِ فيها (وجَبَ بَيانُ موضِعِ السَّاقِيَةِ) وهي المجْراةُ (وطولها وعَرضُها وعُمقُها وقدرُ المُدَّةِ) إن كانت الإجارَةُ مُقَدَّرَةً بها ، وإلا فلا يُشترَطُ بَيانُ قدرِها كنَظِيرِه فيما مَرَّ في بَيْعِ حَقِّ البناءِ ، فإنْ بَقِي الكلامُ على عُمومِه كما هو مُقتضَى كلامِهم أشكَلَ بذلك [١] قال في الشامِلِ: ولو صالَحَ على أن يُجري الماءَ في ساقِيةٍ في أرضِ غيرِه فهي إجارَةٌ قال في الأُمِّ : ويجِبُ تقديرُ المُدَّةِ ، قال أصحابُنا : وإنَّما يصِحُّ إذا كانت السَّاقِيةُ مَحْفورَةً ، وإلا فلا يصِحُّ ، لأنَّ المُستأجِرَ لا يملِكُ الحفرَ ، ولأنَّ ذلك إجارَةٌ لِساقِيةٍ غيرِ موجودَةٍ فاشتراطُه كونَ السَّاقِيةِ مَحْفورَةً إنَّما ذُكِرَ في العقدِ على إجْراءِ الماءِ في ساقِيةٍ لا في العقدِ على إجرائِه في أرضٍ كما صَنَعَ الأصلُ ، بل ولا يُناسِبُ ذكرَه فيه [٢] ، لأنَّه لا يُجامِعُ اشتراطَ بَيانِ موضِعِ السَّاقِيةِ [٣] وطولِها وعَرضِها وعُمقِها ؛ فلِهذا ترَكَه المُصَنِّفُ ، وقولُ الشامِلِ : إنَّ هذا إجارَةٌ يُخالِفُه [٤] كلامُ الكِفايةِ فإنَّه يقتضي أنَّ المعروف أنَّه بَيْعٌ قال : سَواءٌ وجَّهَ العقدَ إلى الحقِّ بأن قال : صالَحْتُك على إجْراءِ الماءِ ، أم إلى العيْنِ بأن قال : صالَحْتُك على مُسَبَّلِ الماءِ والأوجَه فيما إذا وجَّهَه إلى الحقِّ أنَّه عَقدٌ فيه شائِبةُ بَيْعٍ وإجارَةٍ ، وذكرَ الأصلُ أنَّه إن باعَها فإنْ قال : بعتُك

---

(١) (قوله : أشكلَ بذلك) يُفرَّقُ بينهما بأنَّها إنَّما حُمِلَت على التأبيدِ في مَسألَةِ البناءِ عندَ عَدَمِ ذكْرِ المُدَّةِ لِشِدَّةِ الحاجةِ إلى دَوامِه ولِلتَّضَرُّرِ بهدمِه وشَمِلَ كلامُه الأرضَ الموقوفةَ والمُستأجَرَةَ كما قاله سُلَيمٌ في التقريب وغيرُه قال : لكنْ يُعتبَرُ هنا أمرانِ التأقيتُ ، لأنَّ الأرضَ غيرُ مَملوكَةٍ فلا يُمكِنُه العقدُ عليها مُطلَقًا ، وأن يكونَ هناكَ ساقِيةٌ ، لأنَّه ليس له إحداثُ ساقِيةٍ فيها ابتداءً قولُه : قال في الشامِلِ : ولو صالَحَ إلخ) ما حَكاه عن الشامِلِ من وُجوب الحفرِ حَكاه في البيانِ والبحرِ عن الأصحاب .

(٢) (قوله : ولا يُناسِبُ ذكرَه فيه إلخ) بل هو مُناسِبٌ له ويُجامِعُ الاشتراطَ المذكورَ .

(٣) (قوله : بَيانُ موضِعِ السَّاقِية) أي المجْراةِ .

(٤) (قوله : وقولُ الشامِلِ : إنَّ هذا إجارَةٌ يُخالِفُه كلامُ الكِفايةِ إلخ) هو ما أفادَه كلامُ الكِفايةِ فإنَّه جَعل الخلاف فيما إذا عُقِدَ بلَفظِ البيعِ جاريًا فيما إذا عُقِدَ بلَفظِ الصُّلحِ ، ويُحْمَلُ كلامُ الشامِلِ على ما إذا عُقِدا بلَفظِ الإجارَةِ فلا يُخالِفُ كلامَ الكِفايةِ .

مَسيلَ الماءِ وجَبَ بَيانُ طولِها وعَرضِها لا عُمقِها [١] ، أو بعتُك حَقَّ مَسيلِ الماءِ فكما مَرَّ في بَيْعِ حَقِّ البناءِ . وكأَنَّ المُصَنِّفَ ترَكَه لِلعِلمِ به مِمَّا مَرَّ .

(وليس لِلمُستحِقِّ) في المواضِعِ كُلِّها **(دُخولُ الأرضِ من غيرِ إذْنِ مالِكِها إلا لِلتَّنقيةِ)** لِلنَّهرِ **(وعليه أنْ يُخرِجَ من أرضِه ما يُخرِجَـه من النهرِ)** تفريغًا لِمِلكِ غيرِه **(وليس لِمَنْ أذنَ له في إجْراءِ)** ماءِ **(المطَرِ)** على السَّطحِ **(طَرحُ الثلجِ)** عليه ولا أنْ يترُكَ الثلجَ حتى يذوبَ ويسيلَ إليه ، كما صَرَّحَ به أصلُه **(ولا أنْ يُجْري)** فيه **(ماءَ الغُسالاتِ)** لأنَّ ذلك غيرُ مَأذونٍ فيه ، بل **(ولا يجوزُ الصُّلحُ عليهما)** أي على طَرحِ الثلجِ عليه وإجراءِ ماءِ الغُسالات عليه بمالٍ ؛ لأنَّ الحاجةَ لا تدعو إليه ، وفيهما جَهالَةٌ [٢] ، وفي الأوَّلِ ضَرَرٌ ظاهرٌ **(ومَنْ أذنَ له في إلقاءِ الثلجِ لا يُجْري المطَرَ** [٣] **ولا غيرَه .**

(فرعٌ) لو كان يُجْري ماءً في مِلكِ غيرِه فادَّعَى المالِكُ أنَّه كان عاريَّةً قُبِلَ قولُه كما أفتى به البغَوِيّ .

(فرعٌ : المُصالحَةُ على) بمَعنَى عن **(قَضاءِ الحاجةِ)** من بَولٍ أو غائِطٍ **(وطَرحِ القُمامَـةِ)** بضَمِّ القافِ أي الكُناسَةِ ولـو زِبلا **(في مِلكِ الغيرِ على مالٍ إجارَةٌ بشُروطِهـا)** القِيـاسُ أنْ يُقـال :عَقـدٌ فيـه شائِبـةُ بَيْعٍ وإجـارَةٍ ، أو يُقـال : بَيْعٌ بشرطِه [٤]، أو إجارَةٌ بشرطِها ، واغْتُفِرَ الجهلُ بذلـك لِلحاجـةِ ، وتعبيـرُه في الأُولى بالمِلكِ أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالحَشِّ [٥] .

---

(١) (قوله : لا عُمقُها) ؛ لأنَّ مَنْ مَلَكَ أرضًا مَلَكَ الانتفاعَ بها إلى القرارِ .

(٢) (قوله : لأنَّ الحاجةَ لا تدعو إليه وفيهما جَهالَةٌ) قال البُلقِينيُّ ما المانِعُ منه إذا بَيَّنَ قدرَ الجاري إذا كان على السَّطحِ ، وبَيَّنَ موضِعَ الجرَيانِ إذا كان على الأرضِ ، والحاجةُ إلى ذلك أكثرُ من الحاجةِ إلى البناءِ فليس كُلُّ الناسِ يبني ، وغَسلُ الثِّياب والأواني لا بُدَّ منه لِكُلِّ الناسِ أو الغالِب ، وهو بلا شَكٍّ يزيدُ على حاجةِ البناءِ فمَنْ بَنَى حَمَّامًا وبجانِبه أرضٌ لِغيرِه فأرادَ أنْ يشتري منه حَقَّ مَمَرِّ الماءِ فلا توقُّف في جَوازِ ذلك بل الحاجةُ إليـه أكثرُ من حاجةِ البناءِ على الأرضِ فلَعَلَّ مُرادَ المتوليِّ من ذلك حيثُ كان على السَّطحِ .

(٣) (قوله : ومَن أذنَ له في إلقاءِ الثلجِ إلخ) أي ولَمْ يحصُل البيانُ في قدرِ ما يُصيبُ .

(٤) (قوله : أو يُقالُ بيعٌ بشرطِه) موردُ البيعِ العينُ لا المنفعَةُ ، وإنَّما قِيلَ به في حَقِّ البناءِ ونحوِه لِشِدَّةِ الحاجةِ إلى التأبيدِ .

(٥) (قوله : أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه بالحَشِّ) أي المِرحاضِ .

(وكذا) تكونُ المُصالحَةُ (على) بمَعنَى عن (المبيت على سَقفٍ) لِغيرِه بمالٍ إجارَةٍ بشُروطِها ، وفيه ما مَرَّ آنِفًا (ولِمشتري الدَّارِ) التي استأجَرَ ، أو اشترَى بائِعُها حَقَّ إجراءِ الماءِ على سَطحِ غيرِها ، أو حَقَّ المبيت عليه (ما لِبائِعِها من إجْراءِ الماءِ لا المبيت) لأنَّ الإجراءَ من مَرافِقِ الدَّارِ بخلافِ المبيت .

(فرعٌ : له تحْوِيلُ أغصانِ شَجَرَةٍ) [1] لِغيرِه مالَتْ إلى هَواءِ مِلكِه الخاصِّ أو المُشترَكِ وقد (امتنَعَ المالِكُ) لها (من تحْوِيلِها عن هَوائِه ، و) له (قَطعُها) ولو (بلا) إذْنِ (قاضٍ إنْ لم تتحوَّل) أي لـم يُمكِنْ تحْويلُها ، وقولُ الأذْرَعيِّ : إنَّ مُستحِقَّ مَنفعَةِ المالِكِ بوصيَّةٍ أو وقفٍ أو إجارَةٍ كمالِكِ العينِ في ذلك مَبنيٌّ على أنَّ مالك المنفعَةِ يُخاصَمُ [2] ، وعُدولُ المُصَنِّفِ إلى تعبيرِه بهَوائِه عن تعبيرِ أصلِه / بهَواءِ مِلكِه قد يوافِقُ ما قاله الأذْرَعيُّ . ٢٢٨/٢

(ولا يصِحُّ الصُّلحُ عنها) أي عن الأغصانِ أي إبقائِها بمالٍ إنْ لـم تستنِدْ إلى جِدارٍ ، لأنَّه اعتياضٌ عن مُجَرَّدِ الهَواءِ (وكذا لو استنَدَتْ إلى جِدارٍ) وهي رَطْبَةٌ (لِزيادَتِها) فلا يُعرَفُ قدرُها وثِقَلُها (بخلافِ اليابسَةِ) والمُرادُ باستنادِها إليه اعتمادُها عليه بثِقَلِها لا مُجَرَّدُ استنادِها إليه نَبَّهَ عليه الأذْرَعيُّ (وانتشارُ العُروقِ) في أرضِه (كانتشارِ الأغصانِ) في هَواءِ مِلكِه (وكذا مَيلُ الجِدارِ إلى هَواءِ الجارِ) فيأتي فيهما ما تقَرَّرَ في الأغصانِ ، قال في المطْلَب : وليس له إذا تولَّى القطعَ والهَدمَ بنفسِه طَلَبُ أُجرَةٍ على ذلك ، قال : ولو دَخَلَ الغُصْنُ المائِلُ إلى هَواءِ مِلكِه في بَرنيَّةٍ ، ونَبَت فيها أُترُجَّةٌ ، وكَبِرَت قَطعَ الغُصْنَ والأُترُجَّةَ لِتسلَمَ البرنيَّةُ لاستحقاقِ قَطعِهما قبلَ

---

(١) (قوله : فرعٌ له تحْوِيلُ أغصانِ شَجَرَةٍ امتنَعَ المالِكُ من تحْوِيلِها إلخ) قَضيَّتُه أنَّه لا يملِكُ قَطعَها ابتداءً من غيرِ مُطالَبَةِ مالِكِها بالقطعِ ، وقال الماورديُّ : إنْ كانت يابسَةً لا تلينُ جازَ ، ولَم يضمَنْ وإن كانت رَطْبَةً ضَمِنَ ما نَقَصَ بقَطعِ الغُصنِ منها وحيثُ يجوزُ القطعُ نتولاَّه صاحِبُ الدَّارِ ، ولَم يرجِع على مالِكِ الأغصانِ بأُجرَةِ القطعِ إلا أن يحْكُمَ حاكِمٌ بالتفريغِ قاله صاحِبُ الإفصاحِ ، وهذا إذا لَم تنتقِل إليه الدَّارُ من مالِكِ الشجَرَةِ أو انتقَلَت إليه قبلَ انتشارِها على دارِه فإنِ انتقَلَت إليه منه بعدَ إشرافِها على دارِه فلا شيءَ لـه ، ولا تزالُ الشجَرَةُ ؛ لأنَّها انتقَلَت إليه مَعيبةً ، ومَن رَضي بالعيبِ فلا حَقَّ له ، وكذا لو انتقَلَت إليه في ابتداءِ انتشارِها على دارِه ثم عَظُمَت حتى أضرَّت ولو غَرَسَ غِراسًا في أرضٍ ، وكان يعلَمُ أنَّه إذا كَبِرَ انتشَرَت أغصانُه إلى مِلكِ جارِه لَم يكُن له مَنعُه في الحالِ ، وكذا لو أرادَ حَفرَ بئرٍ في مِلكِه وكانت نَداوةُ البئرِ تصِلُ إلى حائطِ الجارِ لَم يكُنْ له مَنعُه من حَفرِها .

(٢) (قوله : مَبنيٌّ على أنَّ مالك المنفعَةِ يُخاصِمُ) ليس مَبنيًا على ذلك كما لا يخفى على المُتأمِّلِ .

ذلك قاله الماورديُّ والرُّويانيُّ ثم قالا : وهذا بخلافِ ما لو بَلَعَ حَيوانُ غيرِه جَوهَرَةً له لا يُذبَحُ ، لأنَّ له حُرمَةً .

(البابُ الثالثُ في التنازُع)

(مَتى ادَّعَى) شَخصٌ (على اثنَينِ دارًا) في يدِهما (فصَدَّقَه أحدُهما) في أنَّ نَصيبَه له ، وكذَّبَه الآخَرُ (وصالحَه) المُصَدِّقُ (بمالٍ فلِلمُكذِّب الشُّفعَةُ) فيها ، وإنْ مَلَكاها بسَبَبٍ واحدٍ كإرثٍ وشِراءٍ مَعًا ، لأنَّا حَكمنا في الظَّاهرِ بصِحَّةِ الصُّلحِ ، ولا يبعُدُ انتقالُ مِلكِ أحدِهما فقَطْ ، وإنْ مَلَكا بسَبَبٍ (إلا إنْ صَدرَ منه) أي المكذِّب (ما يقتضي أنَّ الشريكَ) المُصَدِّقَ (مالِكٌ) لِنَصيبه (في الحالِ) فلا شُفعَةَ له لاعترافِه ببُطْلانِ الصُّلحِ واستُشكِلَ ثُبوتُ الشُّفعَةِ فيما ذُكِرَ بما يأتي في الإيلاءِ [١] في دارٍ بيدِ اثنَينِ ادَّعَى أحدُهما جَميعَها ، والآخَرُ نِصفَها فصَدَّقنا الثاني بيمينِه لِليدِ ثم باعَ الأوَّلُ نَصيبَه الثالِثَ ، فأرادَ الآخَرُ أخذَه بالشُّفعَةِ ، وأنكَرَ المُشتري مِلكَه من أنَّه يحتاجُ إلى البيِّنَةِ ويمينُه أفادَتْ نفيَ ما يدَّعيه شَريكُه لا إثباتَ المِلكِ له ، ويُجابُ بأنَّ المُشتري هنا لم يُنكِر مِلكَ المُكذِّب ، وهناكَ أنكَرَه لَكَ مُدَّعي النِّصفِ فليس لِمُدَّعيه الأخذُ إلا أنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً بِملكِه ثم رَأيت ابنَ الرِّفعَةِ أجابَ بذلك [٢] .

---

(١) (قوله : واستُشكِلَ ثُبوتُ الشُّفعَةِ فيما ذُكِرَ بما يأتي في الإيلاءِ إلخ) قال ابنُ العِمادِ : الفرقُ بينهما من وجهَيْنِ .

أحدُهما : أنَّ المُنكِرَ هاهنا مُعترِفٌ لِلمُقِرِّ بالنِّصفِ ، ومن لازِمِ اعترافِه بصِحَّةِ الصُّلحِ ثُبوتُ الشُّفعَةِ بلازِمِ قولِه .

الثاني : أنَّ الأخذَ بالشُّفعَةِ ها هنا قد حَصَلَ ضِمنًا ، لأنَّه تابعٌ لِلصُّلحِ وحُكمٌ من أحكامِه بخلافِ مَنْ في يدِه الدَّارُ فإنَّه لَم يسبق منه اعترافٌ ، وإنَّما احتاجَ هناكَ إلى تصديقِ المُشتري بخلافِ مَسألَةِ الصُّلحِ ، لأنَّ المُدَّعي في الصُّلحِ وهو المُشتري لا يُمكِنُ أنْ يدَّعي النِّصفَ الذي في يدِ المُكذِّب لِثالِثٍ ، لأنَّ الفرضَ أنَّه ادَّعاه لِنفسِه ، وإذا لَم يثبُتْ له وبَطَلَ بمُقتضَى دَعواه أنْ يكونَ لِثالِثٍ انحَصَرَ المِلكُ في المُكذِّب بلازِمِ قولِه فلو لَم يكُن له تكليفُ المُشتري إلى البيِّنَةِ على المِلكِ ليأخُذَ منه بالشُّفعَةِ بخلافِه هناكَ لَم يعترِفْ بانحِصارِ المِلكِ لِلآخَرِ فاحتمَلَ أنْ يكونَ لِثالِثٍ .

(٢) (قوله : ثم رَأيت ابنَ الرِّفعَةِ أجابَ بذلك) هذا الفرقُ إنَّما يتمَشَّى في صورَةِ إقرارِ المُشتري بصِدقِ المُدَّعي في دَعواه عليه دونَ تعَرُّضٍ في إقرارِه لِنَصيبِ شَريكِه أمَّا في صورَةِ إقرارِه باستِحقاقِ المُدَّعي ما ادَّعاه بكمالِه فقد أجابَ المُصَنِّفُ في شرحِ إرشادِه بالفرقِ بما حاصِلُه أنَّه في مَسألَةِ الصُّلحِ إنَّما ثبَت لِلبائعِ المِلكُ بإقرارِ المُشتري وبشِرائِه تعَلَّقَ حَقُّ الشريكِ ....=

(وإنِ ادَّعَيا عليه) أي وإنِ ادَّعَى اثْنانِ على ثالِثٍ (مِلكَ دارٍ في يدِه بالإرثِ أو الشِّراءِ) مَثَلا [١] (مَعًا فأقرَّ لأحدِهما بنِصْفِها اشتَرَكا) أي المدَّعيانِ (فيه) ؛ لأنَّ كُلاًّ من الموروثِ والمُشتري مُشترِكٌ فالخالِصُ منه مُشترِكٌ كما لو تلِف بعضُه ، وبَقِي بعضُه (لا إنْ كانا ادَّعَيا) مع ذلك (القبضَ) له بأنْ قالا : ورِثْناه أو اشترَيْناه مَعًا ، وقبَضناه ثم غَصَبناه فلا مُشارَكَةَ فيه ؛ لأنَّه إذا حَصَلَ في يدِهما كان كُلٌّ منهما قابضًا لحقِّه ، وانقَطَعَ حَقُّه عمَّا في يدِ الآخَرِ ، وكذا لو ادَّعَياه وتعرَّضا لاختلافِ السَّبَب أو أطلَقا ، نَعَم إنْ روجِعَ المقَرُّ له في الأخيرَةِ فادَّعَى اتِّحادَه فهو كما لو ادَّعاه مع صاحِبه أوَّلا قاله الإمامُ ، قال : ولو اشترَياه دَفعَتينِ فالوجه القطعُ بعَدمِ المُشارَكَةِ فإنَّ الشِّراءَ يتمَيَّزُ عن الشِّراءِ تمييزَ الشِّراءِ عن الهبةِ ، والتمييزُ هو المُعتبَرُ، ويُقاسُ بما قاله الإرثُ فلَفظَةُ مَعًا في كلامِ المُصَنِّفِ راجِعَةٌ إلى الإرثِ والشِّراءِ، والتصريحُ بها في الإرثِ من زيادَته [٢] ، والعِبرَةُ في اتِّحادِ الإرثِ باتِّحادِ الموَرِّثِ وفي اتِّحادِ الشِّراءِ باتِّحادِ الصَّفقَةِ قال في الأصلِ : وإنْ قالا : اتَّهَبنا مَعًا وقبَضنا مَعًا فوجهانِ ، أصحُّهما أنَّه كالإرثِ [٣] .

والثاني لا مُشارَكَةَ (وحيثُ شرَكْنا) بين الاثنَينِ (فصالَحَه) أي الثالِثُ (المُصَدَّقُ بإذنِ المُكذِّب) بفتحِ ثالِثِهما بمالٍ (صحَّ وإلا) أي وإن لم يكُن بإذنِه

= بالشُّفعَةِ فلا يُصلَحُ إقرارُه المُثبتُ لِملكِ البائعِ الذي يستنِدُ إليه الشِّراءُ أن يكونَ مُثبتًا حَقًّا له في دَفعِ الشُّفعَةِ لِتنافيهما وإنَّما يستوِي المعنَيانِ لو باعَه من غيرِ المُقِرِّ .

(١) (قولُه : أو الشِّراءِ مَثَلا) ولا فرقَ في ذلك بين العينِ والدَّينِ وسَتأتي مَسألَةُ الدَّينِ في آخرِ الشركَةِ .

(٢) (قولُه : والتصريحُ بها في الإرثِ من زيادَته) عِبارَةُ الرَّوضَةِ وإنْ قالا اشترَيْنا مَعًا .

(٣) (قولُه : أصحُّهما أنَّه كالإرثِ) أي فلا يُشارِكُه على الصَّحيحِ ، وقولُ الأكثرينَ وحَذَفَها المُصَنِّفُ : لأنَّ أصله إنَّما ذكرَها لِبَيانِ الخلافِ وكَتَبَ أيضًا إلحاقَ الهبةِ بالشِّراءِ والإرثِ نازَعَ فيه ابنُ الرِّفعَةِ فقال : أمَّا الهبةُ فلا يُتصوَّرُ أنْ تكونَ الدَّعوى فيها إلا بعدَ القبضِ ، فإنْ صحَّ إجراءُ الخلافِ في المُشارَكَةِ فيها كان بلا شَكٍّ مُفرَّعًا على أنَّ القبضَ في الإرثِ والبيعِ لا يمنَعُ من المُشارَكَةِ أمَّا إذا قُلنا : إنَّه يمنَعُ من المُشارَكَةِ فلا يظهَرُ إلحاقُ الهبةِ بهما بل يَجزِمُ عندَ نِسبَتِهما المِلكَ إلى هبةٍ واحدَةٍ بعَدَمِ المُشارَكَةِ لا جَرَمَ كانت طَريقَةُ العِراقِيِّينَ والقاضي تخصيصَ مَحَلِّ الخلافِ في المُشارَكَةِ بحالَةِ عَدَمِ اعترافِهما بالقبضِ والجزمِ في حالَةِ الاعترافِ بالقبضِ بعَدَمِ المُشارَكَةِ فيها ولَم يتعرَّضوا لِذكرِ الهبةِ لِوُضوحِ حُكْمِها مِمَّا ذكروه اهـ ولَعَلَّ هذا سَبَبُ حَذفِ المُصَنِّفِ لها .

(بَطَلَ في نَصيب الشريك) المكذِّب (وتفرَّقَت الصَّفقَةُ ، وإنْ أقرَّ) الثالِثُ
٢٢٩/٢ (لأحدِهما بالكُلِّ وقد اعترَف المقَرُّ له أنَّه بينهما) كما قال / الكُلُّ بيننا (شارَكَه) فيه (وإلا) أي وإنْ لم يعترِف المُقَرُّ له بذلك بل اقتصَرَ على دَعوى النِّصْفِ (أخَذَ الجميعَ إنْ صَدَقَ المقِرُّ بعدَ الإقرارِ) بالكُلِّ (ولا يضُرُّ اقتصارُه على دَعوى النِّصْفِ أوَّلا) فلعَلَّه إنَّما ادَّعاه لكونِ البيِّنَةِ لا تُساعِدُه على غيرِه أو يخافُ الجُحودَ الكُلِّيَّ ، وإنَّما اُعتُبِرَ تصديقُ المقِرِّ له المقَرَّ هنا مع أنَّه سَيأتي في الإقرارِ أنَّه لا يُعتبَرُ فيه إلا عَدَمُ تكْذيبه له ، لأنَّ دَعواه مع الآخَرِ تقتضي أنَّه لا يستحِقُّ إلا النِّصْف فاعتُبِرَ تصديقُه لِرَفعِ ذلك (وإنْ لم يُصَدِّقه في النِّصْف) الآخَرِ (بل أقرَّ به لِصاحِبه أخَذَه) صاحِبَه لِتعَيُّنِه له بإسقاطِ الآخَرينَ حَقَّهما مع أنَّ الحقَّ لا يعدوهم (وإنْ لم يُقِرَّ له) أي لِصاحِبه أيضًا (به وقَف النِّصْفُ في يدِ المُدَّعَى عليه) كما سَيأتي بَيانُه في الإقرارِ .

(وإنْ تداعَيا جِدارًا بينهما) أي بين مِلكيهما (وهو مُتَّصِلٌ بجِدارِ أحدِهما) اتِّصالا لا يُمكِنُ إحداثُه بعدَ بناءِ جِدارِه بأنِ اتَّصَلَ به (اتِّصالَ تداخُلٍ) لِنِصْفِ لَبِناتٍ لِكُلٍّ منهما في الآخَرِ (في جَميعِ السَّمْكِ) المُشترَكِ بينهما (أو) كان له عليه (أزَجٌ) بفتحِ الهَمزةِ والزَّاي وبالجيمِ أي عَقدٌ (قد أُميلَ من أصلِه) قَليلا قَليلا (أو بَنَى) الجِدارَ الذي بينهما (على خَشَبةٍ طَرَفُها في مِلكِه) أي مِلكِ أحدِهما (فاليدُ له) عليه وعلى الخشَبةِ المذْكورَةِ ، لِظُهورِ أمارَةِ المِلكِ بذلك فيحْلِفُ ويُحكَمُ له بالمِلكِ إلا أنْ تقومَ بَيِّنَةٌ بخلافِه ، ولو كان الجِدارُ مَبنِيًّا على تربيعِ أحدِ المِلكينِ زائِدًا ، أو ناقِصًا بالنِّسبةِ إلى مِلكِ الآخَرِ فهو كالمُتَّصِلِ بجِدارِ أحدِهما اتِّصالا لا يُمكِنُ إحداثُه ، ذكرَه صاحِبُ التنْبيه وأقرَّه عليه النوويُّ في تصحيحِه ، (وإلا) أي وإنْ لم يتَّصِل به كما ذُكِرَ بأنْ كان مُنفصِلا عن جِدارَيهما ، أو مُتَّصِلا بهما اتِّصالا يُمكِنُ إحداثُه أو لا يُمكِنُ أو مُتَّصِلا بأحدِهما اتِّصالا لا يُمكِنُ إحداثُه بأنْ وُجِدَ الاتِّصالُ في بعضِه ، أو أُميلَ الأزَجُ الذي عليه بعدَ ارتفاعِه أو بَنَى الجِدارَ على خَشَبةٍ طَرَفاها في مِلكيهما (فلهما) اليدُ عليه لِعَدَمِ المُرجِّحِ فقولُه .

(ولو اتَّصَلَ بجِدارَيهما فهو في يدِهما ، وكذا إنْ لم يتَّصِل) تصريحٌ بما عُلِمَ ، ولَعَلَّهما نُسختانِ جَمع بينهما ، فإنْ أقامَ أحدُهما بَيِّنَةً قُضِي له به [1] ، وإلا حَلَف كُلٌّ

---

(١) (قولُه فإنْ أقامَ أحدُهما بَيِّنَةً قَضَى له به) ، لأنَّ البيِّنَةَ مُقَدَّمَةٌ على اليدِ ، وتكونُ ....=

منهما لِلآخَرِ على النِّصْفِ الذي يسلَمُ له (١) ، فإنْ حَلَفا أو نَكلا جُعِلَ الجِدارُ بينهما بظاهِرِ اليدِ ، وإنْ حَلَف مَنِ ابْتُدِئَ بيمينِه ، ونَكَلَ الآخَرُ (٢) حَلَف الأوَّلُ اليمينَ المردودَةَ ، وقُضي له بالكُلِّ ، وإنْ نَكَلَ الأوَّلُ ورَغِبَ الثاني في اليمينِ فقد اجتمع عليه يمينُ النفيِ لِلنِّصْفِ الذي ادَّعاه الأوَّلُ ، ويمينُ الإثْباتِ لِلنِّصْفِ الذي ادَّعاه هو فيكْفيه يمينٌ واحدَةٌ يجْمَعُ فيها النفيَ والإثْباتَ (٣) ، كما يُعلَمُ ذلك في الدَّعاوى والبيِّناتِ (ولا ترجيحَ بالنقشِ) بظاهِرِ الجِدارِ كالصُّورَةِ والكِتاباتِ المُتَّخَذَةِ من جِصٍّ أو آجُرٍّ أو غيرِه (والطَّاقاتِ) والمحاريبِ التي بباطِنِه (والجُذوعِ وتوجيهِ البناءِ) أي جَعلِ أحدِ جانِبَيْه وجهًا كأنْ يُبنَى بلَبناتٍ مُقَطَّعَةٍ وتُجعَلُ الأطْرافُ الصِّحاحُ إلى جانِبٍ وموضِعُ الكَسرِ إلى جانِبٍ (ومَعاقِدُ القِمطِ) بكَسرِ القافِ وإسكانِ الميمِ ، وبضَمِّهما لكنَّه بضَمِّهما جَمعُ قِماطٍ ، والمُرادُ به مَعنَى القِمطِ ، وهو حَبلٌ رَقيقٌ يُشَدُّ به الجريدُ ونحوُه ، وإنَّما لم يُرَجَّحْ بهذه الأشياءِ ؛ لأنَّ كونَ الجِدارِ بين المِلكينِ عَلامَةٌ قَوِيَّةٌ في الاشتراكِ فلا يُغَيَّرُ بأسبابٍ ضعيفةٍ مُعظَمُ القصدِ بها الزِّينَةُ كالتخصيصِ والتزويقِ ؛ ولأنَّ الجُذوعَ تُشبه الأمتعَةَ (٤) فيما لو تنازَعَ اثنانِ دارًا بيدِهما ، ولأحدِهما فيها أمتعَةٌ ، فإذا حَلَفا بَقِيت الجُذوعُ بحالِها لاحتمالِ أنَّها وُضِعَتْ بحَقٍّ من إعارَةٍ أو إجارَةٍ أو بَيعٍ أو قَضاءِ قاضٍ يرى الإجبارَ على الوضعِ ، والذي ينزِلُ عليه منها الإعارَةُ ؛ لأنَّها أضعَفُ الأسبابِ فلِمالِكِ الجِدارِ قَلعُ الجُذوعِ بالأرشِ أو الإبقاءُ بالأُجْرَةِ .

(وإنْ تنازَعَ صاحِبُ العُلوِّ والسُّفلِ في سَقفٍ (٥) لا يُمكِنُ إحداثُه) بعدَ بناءِ

= العرصَةُ له تبعًا على الأصحِّ .

(١) (قوله : وإلا حَلَفَ كُلٌّ منهما لِلآخَرِ على النِّصفِ الذي يُسَلَّمُ له) أي أنَّ صاحِبَه لا يستحِقُّه ولا يتعرَّضُ لإثْباتِه له كما نَقَلاه عن النصِّ وقالا : إنَّه المذهَبُ .

(٢) (قوله : ونَكلَ الآخَرُ) أي عن يمينِ الإثباتِ أو النفيِ أو عنهما

(٣) (قوله : فيكْفيه يمينٌ واحدَةٌ يجْمَعُ فيها النفيَ والإثْباتَ إلخ) فيحلِفُ أنَّ الجميعَ له ، ولا حَقَّ لِصاحِبِه فيه ، أو يقولُ : لا حَقَّ له في النِّصفِ الذي يدَّعيه ، والنِّصفُ الآخَرِ لي .

(٤) (قوله : ولأنَّ الجُذوعَ تُشبه الأمتعَةَ إلخ) يُخالِفُ الترجيحَ بالجِدارِ على الأُسِّ في الأظهَرِ بأنَّه دَليلٌ على المِلكِ واليدِ ، وترجيحُ راكِبِ الدَّابَّةِ على الآخذِ بلِجامِها على المذهَبِ باقتضاءِ الرُّكوبِ اليدَ بخلافِ وضعِ الجُذوعِ فإنَّ بعضَ العُلَماءِ يُجَوِّزُه قَهرًا .

(٥) (قوله : وإنْ تنازَعَ صاحِبُ العُلوِّ والسُّفلِ في سَقفٍ إلخ) لو انهَدَمَ السَّقفُ الحامِلُ ولَم يبنِ موضِعُه من البناءِ ، وكان ارتفاعُ العُلوِّ والسُّفلِ عِشرينَ ذراعًا مَثَلًا فقال ....=

العُلوّ (**كالأزَجِ**) الذي لا يُمكِنُ عَقدُه على وسَطِ الجِدارِ بعدَ امتدادِه في العُلوّ (**فاليدُ لِلأسفلِ**) عليه (**وإلا**) أي وإنْ أمكَنَ إحداثُه بأن يكونَ السَّقفُ عاليًا فينقُبُ وسَطَ الجِدارِ ، وتوضعُ رَأسُ الجُذوعِ في النقب (**فلهما**) اليدُ عليه لِما مَرَّ في الجِدارِ [١] (**أو**) تنازَعا (**في الدِّهليزِ أو العرصَةِ فمن الباب إلى المرقَى**) مُشترَكٌ (**بينهما**) لأنَّ لِكُلٍّ منهما يدًا وتصَرُّفًا بالاستطراقِ ، ووضعُ الأمتعَةِ وغيرِها (**والباقي لِلأسفلِ**) لاختصاصِه به يدًا وتصَرُّفًا (**والسُّلَّمُ**) الكائِنُ (**في المرقَى**) أي موضِعِ الرُّقِيِّ (**لِلأعلى ولو لم يُسَمَّر**) لِعَوْدِ مَنفعَته إليه ، وما قاله فيما إذا لم يُسَمَّر هو ما نَقَلَه ابنُ
٢/٢٣٠ / كَجٍّ عن الأكثرين ، ونَقَلَ عن ابنِ خَيْرانَ أنَّه لِلأسفلِ كَسائِرِ المنقولات [٢] ، قال في الأصلِ : وهو الوجه فإنْ كان غيرُ المُسَمَّرِ في بَيْتٍ لِلأسفلِ فهو في يدِه أو في غُرفةٍ لِلأعلى ففي يدِه ، (**والبيتُ**) الذي (**تحت الدَّرَجةِ**) أي درَجةِ السُّلَّمِ (**بينهما فلو كان تحته موضِعُ حُبٍّ**) بضَمِّ الحاءِ أي خابيةٍ (**أو جَرَّةٍ فلِلأعلى**) ما قاله في البيت وما بعدَه غيرُ صحيحٍ ، ولا مُطابِقَ لأَصْلِه [٣] ، والذي قاله الأصلُ فيهما إنَّما هو في المرقَى حيثُ قال : وإنْ كان المرقَى مُثَبَّتًا كَسُلَّمٍ مُسَمَّرٍ فلِلأعلى لِعَودِ نفعِه إليه ، وكذا إنْ كان مَبنيًّا إذا لم يكُن تحته شيءٌ فإنْ كان تحته بَيْتٌ فهو بينهما كَسائِرِ السُّقوفِ ، أو موضِعِ حُبٍّ ، أو جَرَّةٍ فلِلأعلى عملا بالظَّاهِرِ مع ضعفِ مَنفعَةِ الأسفلِ .

* * *

= صاحِبُ السُّفلِ :ارتفاعُه من جِهَةِ السُّفلِ خَمسَةَ عَشَرَ ذراعًا ، وارتفاعُ العُلوِّ خَمسٌ وادَّعَى عَكْسَه صاحِبُ العُلوِّ قال الرُّويانيُّ فقد اتَّفقا على أنَّ لِصاحِبِ السُّفلِ من أسفلِ الجِدارِ خَمسًا ولِصاحِبِ العُلوِّ من أعلاه خَمسًا واختلَفا في العشَرَةِ الوُسطَى فيحلِفانِ وتُقَسَّمُ بينهما ، ويُجْعَلُ السَّقفُ في وسَطِ البناءِ على السَّواءِ فيشتركانِ في بناءِ السَّقفِ إلا أنْ يكونَ لأحدِهما فيختصُّ ببنائِه ، ولو تنازَعا في حيطانِ السُّفلِ التي عليها الغُرفةُ فالمُصَدَّقُ صاحِبُ السُّفلِ ، لأنَّها في يدِه أو في حيطانِ الغُرفةِ فالمُصَدَّقُ صاحِبُ العُلوِّ ، لأنَّها في يدِه .

(١) (قوله : لِما مَرَّ في الجِدارِ) ولِشَرِكَةِ الانتفاعِ فإنَّه أرضُ الأعلى وسَماءُ الأسفلِ .

(٢) (قولُه كَسائِرِ المنقولات) يُفرَّقُ بينهما بما مَرَّ من التعليلِ .

(٣) (قوله : ما قاله في البيت ، وما بعدَه غيرُ صحيحٍ ، ولا مُطابِقٌ لأصلِه) هو صحيحٌ ومُطابِقٌ لأصلِه فإنَّ قوله : والبيت مَجْرورٌ بالعطفِ على المرقَى ، وقولُه : تحت الدَّرَجةِ حالٌ من البيت وفيه إقامَةُ الظَّاهِرِ مَقامَ المُضمَرِ وقولُه بينهما خَبَرُ قوله السُّلَّمُ المُقَدَّرُ فصارَ تقديرُه والسُّلَّمُ في البيت حالَ كونِ البيت تحته بينهما ، وقولُه فلِلأعلى خَبَرُ مُبتدَإٍ مَحذوفٍ عائِدٍ على الدَّرَجةِ .

(كِتابُ الحوالَةِ)

هي بفتحِ الحاءِ أفْصَحُ من كَسرِها من التحَوُّلِ والانتقالِ يُقالُ : حالَت الأسعارُ إذا انتقَلَتْ عَمَّا كانتْ عليه ، وفي الشرعِ : عَقدٌ يقتضي نَقلَ دَيْنٍ من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ ، وتُطْلَقُ على انتقالِه من ذمَّةٍ إلى أُخرَى ، والأصلُ قبلَ الإجماعِ خَبَرُ الصَّحيحينِ «مَطْلُ الغنيِّ ظُلمٌ (١) ، وإذا أُتبِعَ أحدُكُم على مَليءٍ فليتْبَع» (٢) بإسكانِ التاءِ في الموضِعَيْنِ (٣) أي فليحتل كما رواه هَكذا البيهَقِيُّ ولها سِتَّةُ أركانٍ : مُحيلٌ ، ومُحتالٌ ، ومُحالٌ عليه ، ودَيْنٌ لِلمُختالِ على المُحيلِ ، ودَيْنٌ لِلمُحيلِ على المُحالِ عليه ، وصيغَةٌ ، وكُلُّها تُؤْخَذُ من كلامِه الآتي ، وإنْ سَمَّى بعضَها شُروطًا **(يُستحَبُّ قبولُها على مَليءٍ)** لِلخَبَرِ السَّابقِ ، وصَرفُه عن الوُجوب القِياسُ على سائِرِ المُعاوضاتِ ، وخَبَرُ «لا يحِلُّ مالُ امرِئٍ مُسلِمٍ إلا بطيبِ نفسٍ منه» (٤) ويُشبه كما قال الأذرَعِيُّ أنَّه يُعتبَرُ (٥) في استحبابِ قبولِها على مَليءٍ كونُه وفيًّا وكونُ مالِه طَيِّبًا ليُخرِجَ المُماطِلَ ، ومَنْ في مالِه شُبهَةٌ **(وهي بيعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ جوِّزَ لِلحاجةِ)** (٦) ولِهذا لم يُعتبَرِ التقابُضُ في المجْلِسِ (٧) ، وإنْ كان الدَّينانِ رِبَوِيَّيْنِ فهي بيعٌ ؛ لأنَّها إبدالُ مالٍ بمالٍ فإنَّ كُلاًّ من المُحيلِ والمُحتالِ يملِكُ بها ما لم يملِكْه قبلَها **(لا استيفاءٌ)** لِحَقٍّ (٨) بأنْ

---

(١) (قوله : «مَطلُ الغنيِّ ظُلمٌ») أي فيفسُقُ به إذا تكَرَّرَ .

(٢) رواه البخاري ، كتاب الحوالات ، باب إذا أحال على مليّ فليس له رد ، حديث (٢٢٨٨) ومسلم ، كتاب المساقاة ، باب تحريم مطل الغنى ، وصحة الحوالة ... ، حديث (١٥٦٤) .

(٣) (قوله : بإسكانِ التاءِ في الموضِعَيْنِ) أو بتشديدِها في الثاني .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) (قوله : ويُشبه كما قال الأذْرَعِيُّ أنَّه يُعتبَرُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه.

(٦) (قوله : وهي بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ جوِّزَ لِلحاجةِ) كما جوِّزَ القرضُ مع كونِه بَيْعَ درهَمٍ بدرهَمٍ من غيرِ تقابُضٍ .

(٧) (قوله : ولِهذا لَم يُعتبَرِ التقابُضُ في المجْلِسِ إلخ) ولا تجوزُ فيها الإقالةُ كما جَزَمَ به الرَّافِعِيُّ في كِتابِ التفليسِ وكذلك القموليُّ والسُّبكيُّ ولَم يطَّلِع عليه البُلقِينيُّ فنَقَلَ جَوازَها فيها عن كافي الخوارِزمي وقال المتولِّي : الحوالَةُ من العُقودِ اللاَّزِمَةِ ، ولو فُسِخَتْ لا تنفسِخُ ، وقولُه كما جَزم به الرَّافِعِيُّ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٨) (قوله : لا استيفاءَ لِحَقٍّ) قال ابنُ الحدَّادِ : إنَّ التفريعَ على قولِ البيعِ لَم أرَه مُستمِرًّا ......=

يُقَدَّرَ أنَّ المُحْتالَ استوفى ما كان له على المُحيلِ وأقرَضَه المُحالُ عليه .

(وشُروطُها ثَلاثةٌ : الأوَّلُ رِضا المُحيلِ والمُحْتالِ) (١) لأنَّ لِلمُحيلِ إيفاءَ الحقِّ من حيثُ شاءَ فلا يُلْزَمُ بِجِهَةٍ ، وحَقُّ المُحْتالِ في ذمَّةِ المُحيلِ فلا ينتقِلُ إلا برِضاه كما في بيعِ الأعيانِ ومَعرفةِ رِضاهما بالصِّيغَةِ كما سَيأتي وعَبَّرَ كَغيرِه هنا بالرِّضا تنبيهًا على أنَّه لا يجِبُ على المُحْتالِ الرِّضا بالحوالَةِ وتوطِئَةً لِقولِه (لا المُحالُ عليه) فلا يُشترَطُ رِضاه ؛ لأنَّه مَحَلُّ الحقِّ والتصرُّفِ كالعبدِ المبيعِ ، ولأنَّ الحقَّ لِلمُحيلِ فله أنْ يستوفيه بغيرِه كما لو وكَّلَ غيرَه بالاستيفاءِ (والرِّضا) أيِ المُرادُ به (هو الإيجابُ والقبولُ) كما في البيعِ ونحوِه، ولا يتعَيَّنُ لَفظُ الحوالَةِ بل هو أو ما يُؤَدِّي مَعناه كـ «نَقلتُ» حَقَّكَ إلى فُلانٍ أو جَعَلت ما أستحِقُّه على فُلانٍ لَكَ أو مَلَّكْتُكَ الدَّينَ الذي عليه بحَقِّكَ (وقولُه أحِلني كَقولِه بعني) فتصِحُّ الحوالَةُ به وظاهِرُ الخبَرِ كما في المطْلَبِ إنْ أتبعتُكَ على فُلانٍ كأحلتُكَ عليه قال المتولِّي : وهل تنعَقِدُ بلَفظِ البيعِ إنْ راعَيْنا اللَّفظَ لم تنعَقِد (٢) أو المعنَى انعَقَدَتْ كالبيعِ بلَفظِ السَّلَمِ ، ولو قال : أحلتُكَ على فُلانٍ بكذا ، ولَم يقُل بالدَّينِ الذي لَكَ عليَّ فهو كِنايةٌ كما يُؤخَذُ من كلامِهم أواخرَ الباب (٣) وصَرَّحَ البُلقِينيُّ وغيرُه بتصحيحِه .

الشرطُ (الثاني : أنْ تكونَ) الحوالَةُ (بدَينٍ) مِثليٍّ أو مُتقَوَّمٍ (لازِمٍ) (٤) كالثمَنِ في زَمَنِ الخيارِ (يجوزُ الاعتياضُ عنه) (٥) وهو ما عَبَّرَ عنه أصلُه بكونِه

= في أكثرِ المسائِلِ وصحَّحَه السُّبكيُّ وقال : إنَّ من تأمَّلَ مَسائِلَ الباب عَرَف أنَّ التفريعَ على قولِ البيعِ لا يستمِرُّ .

(١) (قوله : الأوَّلُ رِضا المُحيلِ والمُحتالِ) قد يرِدُ عليه ما لو كان شَخصٌ وليَّ طِفلَيْنِ وثَبَت لأحدِهما على الآخَرِ دَيْنٌ فأحالَ الوليُّ بالدَّيْنِ على نفسِه أو على طِفلِه الآخَرِ فإنَّه يجوزُ قاله المرعَشيُّ ، ومَحَلُّه إذا كان الحظُّ فيه فلو كان المُحالُ عليه مُعسِرًا أو كان بالدَّيْنِ رَهَنَ أرضَ مَن لَم يُجزِع وقولُه : قال المرعَشيُّ أشارَ إلى تصحيحِه وكذا قولُه ومَحَلُّه إذا كان إلخ .

(٢) (قوله : إنْ راعَيْنا اللَّفظَ لَم تنعَقِد) هو الأصحُّ ؛ لأنَّ الاعتبارَ في العُقودِ باللَّفظِ لا بالمعنَى .

(٣) (قوله : فهو كِنايةٌ كما يُؤخَذُ من كلامِهم أواخرَ الباب إلخ) كلامُهم ثَمَّ مُصَرِّحٌ بصَراحَتِه ما لَم ينوِ به غيرَها ، وإنْ حَكَى الخوارزميُّ فيها وجهَيْنِ ولو قال لِرَجُلٍ لا دَيْنَ له عليه : أحلتُك على فُلانٍ هل تنعَقِدُ وكالَةً وجهانِ أشبَهُهما المنعُ .

(٤) (قوله : الثاني أنْ تكونَ بدَيْنٍ لازِمٍ) فلا تصِحُّ الحوالَةُ على التركَةِ ، لأنَّها أعيانٌ وتصِحُّ على الميِّت ، وإنْ لَم يكُنْ له تركَةٌ كما جَزَمَ به جَماعَةٌ منهم البارزيُّ والبُلقِينيُّ وابنُ الرِّفعَةِ .

(٥) (قوله : يجوزُ الاعتياضُ عنه إلخ) فلو كان الاعتياضُ عنه غيرَ جائزٍ بأن كان ....=

مُستقِرًّا (أو) بدَيْنٍ (أصلُه اللُّزومُ) كالثمَنِ في زَمَنِ الخيارِ فلا تصِحُّ بالعيْنِ ، لِما مَرَّ أنَّها بيعُ دَيْنٍ / بدَيْنٍ ولا بالدَّيْنِ قبلَ ثُبوته ولا بدَيْنٍ غيرِ لازمٍ ، ولا أصلُه اللُّزومُ ٢٣١/٢
كَدَيْنِ الجعالَةِ كما يأتي بيَانُه ، ولا بما لا يجوزُ الاعتياضُ عنه كَدَيْنِ السَّلَمِ كما ذكرَه بقولِه (فلا تصِحُّ بدَيْنِ السَّلَمِ ، ولا عليه ، وتصِحُّ بثَمَنِ مَبيعٍ لم يُقبَض) بأنْ يُحيلَ به المُشتري البائعَ على ثالِثٍ (وعليه) بأنْ يُحيلَ البائعُ غيرَه على المُشتري (ولو في مُدَّةِ الخيارِ) (١) فيهما ، لأنَّه يئُولُ إلى اللُّزومِ (٢) ، والخيارُ عارِضٌ فيه فيُعطَى حُكْمَ اللُّزومِ ، ولا يضُرُّ عَدَمُ استقرارِه بمَعنَى أنَّا لا نأمَنُ انفِساخَ العقدِ فيه بتلَفِ مُقابلِه ، لأنَّا لا نَعني باستقرارِه هنا الأمنَ من ذلك بل جَوازَ بيعِه .

(ويبطُلُ الخيارُ في الحوالَةِ بالثمَنِ) لِتراضي عاقِديها ، ولأنَّ مُقتضاها اللُّزومُ فلو بَقِيَ الخيارُ فات مُقتضاها ، (وكذا) في الحوالَةِ (عليه) يبطُلُ في حَقِّ البائعِ لِرِضاه بها ، ولِمُقتضاها السَّابقِ (لا في حَقِّ مُشترٍ لم يرضَ) بها فإنْ رَضِيَ بها بَطَلَ في حَقِّه أيضًا ، وقِيلَ : لا يبطُلُ الخيارُ فيما ذُكِرَ ، والترجيحُ من زيادَته ، واستُشكِلَ صِحَّةُ الحوالَةِ في زَمَنِ الخيارِ إذا كان لِلبائعِ أو لهما ، لأنَّ الثمَنَ لم ينتقِل عن مِلكِ المُشتري .

وأُجيبَ بأنَّ البائعَ إذا أحالَ فقد أجازَ فوقَعَت الحوالَةُ مُقارِنَةً لِلمِلكِ ، وذلك كافٍ ، فإنْ قُلت : هذا يُشكِلُ بامتناعِ بيعِ البائعِ الثمَنَ المُعَيَّنَ في زَمَنِ الخيارِ إذا كان له ، قُلت : لَمَّا توسَّعوا في بيعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ توسَّعوا في بيعِه فيما ذُكِرَ بخلافِ ذلك (فإنْ فسَخَ) المُشتري البيعَ في زَمَنِ خيارِه (بطَلَت) (٣) لارتفاعِ الثمَنِ ، وهذا

= مِمَّا لا يجوزُ التفرُّقُ عنه قبلَ التقابُضِ كَرَأْسِ مالِ السَّلَمِ إذا كان موصوفًا في الذِّمَّةِ كما إذا باعَ نَقدًا بنَقدٍ في الذِّمَّةِ فلا تصِحُّ الحوالَةُ به ولا عليه وكذا إذا كان الخيارُ لهما كما سَيأتي .

(١) (قوله : ولو في مُدَّةِ الخيارِ) إنَّما تصِحُّ إذا فرَّعنا على القولِ بانتقالِ المِلكِ كذا قاله في المطلَب وهو ظاهرٌ . ح .

(٢) (قوله : لأنَّه يئُولُ إلى اللُّزومِ) أي بنفسِه .

(٣) (قوله : فإنْ فسخَ بطَلَت) قال المُصَنِّفُ إذا أحالَ المُشتري البائعَ بالثمَنِ على أجنَبيٍّ في مُدَّةِ الخيارِ صحَّت الحوالَةُ على الصَّحيحِ مُطلَقًا ، لأنَّ البائعَ باعَ من المُشتري الثمَنَ الذي له في ذمَّته بالدَّينِ الذي لِلمُشتري في ذمَّةِ الأجنَبيِّ ، والمُشتري باعَ الدَّينَ الذي له في ذمَّةِ الأجنَبيِّ بالثمَنِ الذي لِلبائعِ في ذمَّته فهو كما لو باعَ المُشتري المبيعَ لِلبائعِ في مُدَّةِ الخيارِ ، لأنَّ الحقَّ لا يعدوهما ولأنَّ تراضيهما على الحوالَةِ اختيارٌ لإمضاءِ العقدِ أمَّا إذا أحالَ ....=

من زيادَته ، وكأنَّه قاسَه على ما فرَّعَه الأصلُ على الوجه القائِلِ بعَدَمِ بُطْلانِ الخيارِ فيما ذُكِرَ ، وهو مُخالِفٌ لِعُمومِ ما سَيأتي من أنَّ الحوالَةَ على الثمَنِ لا تبطُلُ بالفسخ إلا أنْ يُستثنَى من ذاكَ الفسخُ بالخيارِ ، وهو بَعيدٌ (١) .

(وتصِحُّ) حَوالَةُ المكاتب سَيِّدَه (بمالِ الكِتابةِ) لِوُجودِ اللُّزومِ من جِهَةِ السَّيِّدِ والمُحالِ عليه فيتمُّ الغرَضُ منها ، ولِصِحَّةِ الاعتياضِ عنه كما نَصَّ عليه في الأُمِّ لكنْ جَرَى المُصَنِّفُ كأصلِه في باب الكِتابةِ على عَدَمِ صِحَّته فتشكُلُ صِحَّةُ الحوالَةِ به بعَدَمِ صِحَّتها بدَيْنِ السَّلَمِ ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الشارِعَ مُتشَوِّفٌ لِلعِتْقِ ، وفرَّقَ البُلقينيُّ بأنَّ السَّيِّدَ إذا احتالَ بمالِ الكِتابةِ لا يتطَرَّقُ إليه أنْ يصيرَ الدَّيْنُ لِغيرِه ، لأنَّه إنْ قبَضَه قبلَ التعجيزِ فواضِحٌ ، وإلا فهو مالُ المُكاتب ، وصارَ بالتعجيزِ لِلسَّيِّدِ بخلافِ دَيْنِ السَّلَمِ قد ينقَطِعُ المُسلَمُ فيه فيُؤَدِّي إلى أنْ لا يصِلَ المُحْتالُ إلى حَقِّه (لا) حَوالَةُ السَّيِّدِ غيرَه (عليه) أي على مالِ الكِتابةِ فلا تصِحُّ لِعَدَمِ لُزومِه على المُحالِ عليه ، إذ له إسقاطُه فلا يُمكِنُ إلزامُه الدَّفعَ لِلمُحتالِ (ولو أحالَ) السَّيِّدُ (بدَيْنِ مُعامَلَةٍ على مُكاتبه جازَ) ، لأنَّ المُكاتبَ يُجبَرُ على أدائِه بخلافِ مالِ الكِتابةِ ، وكلامُ الرَّافِعِيِّ يقتضي عَدَمَ جَوازِها حيثُ قال - نَقلا عن المُتولِّي - : إنْ قُلنا (٢) ببَقاءِ دَيْنِ المُعامَلَةِ لو

= البائِعُ أجنَبيًّا على المُشتري في مُدَّةِ الخيارِ فإنْ كان الخيارُ لِلبائِعِ وحْدَه فحَوالَتُه عليه تقَعُ إجازَةً وبَيْعًا على الأصَحِّ ، لأنَّه لا حَقَّ لِلمُشتري في الخيارِ ، وإنْ كان الخيارُ لهما أو لِلمُشتري لَم تصِحَّ ، لأنَّ المِلكَ غيرُ ثابتٍ حالَ البيعِ نَعَم إنْ أذنَ له المُشتري صحَّتْ على الأصحِّ كما إذا أذنَ البائِعُ لِلمُشتري في بَيْعِ المبيعِ من غيرِه هذا مُقتضَى ما أشارَ إليه صاحِبُ التتمَّةِ فإنَّه قال : إذا قُلنا : إنَّ الحوالَةَ مُعاوضَةٌ فقد ذكرنا حُكمَ التصَرُّفِ في زَمَنِ الخيارِ ، وحُكمُ الثمَنِ حُكمُ المبيعِ ا هـ قُلت وهذا حُكمُ المبيعِ في مُدَّةِ الخيارِ في العزيزِ والرَّوضَةِ لكنَّهما حَكما بأنَّ البيعَ إجازَةٌ على الأصحِّ وها هنا في الحوالَةِ ذكروا خلافًا في كونِها إجازَةً ونَقَلا عن الإمامِ والغزاليِّ أنَّها لا تكونُ إجازَةً بل لو اتَّفقَ فسخُ البيعِ انقطَعَت الحوالَةُ ، وهو مُبايِنٌ لِما سَبَقَ في البيعِ إلا أنْ يكونَ الإمامُ فرَّعَ أنَّها استيفاءٌ ا هـ واعلَم أنَّ ما نَقَلاه عن الإمامِ والغزاليِّ لَم يُصَرِّحا بترجيحِه بل قالا عَقِبَه : إنَّ مَنقولَ الشيخ أبي عَلِيٍّ واختيارَه بُطلانَ الخيارِ ، لأنَّ مُقتضَى الحوالَةِ اللُّزومُ فلو بَقِيَ الخيارُ فات مُقتضاها ا هـ وهذا هو الموافِقُ لِترجيحِهما أنَّ الحوالَةَ بَيْعٌ ، وأنَّ البيعَ من المُشتري إجازَةٌ فليكُنْ هو الرَّاجِحَ عندَهما .

(١) (قوله : وهو بَعيدٌ) ليس ببَعيدٍ لِما علَّلوا به من أنَّها إنَّما صحَّتْ لإفضاءِ البيعِ إلى اللُّزومِ فإنْ لَم يُفضِ إليه لَم تصِحَّ .

(٢) (قوله : حيثُ قالا نَقلا عن المُتولِّي إنْ قُلنا إلخ) يُرَدُّ بأنَّ السَّيِّدَ لَم يبقَ له بعدَ الحوالَةِ على مُكاتبه دَيْنٌ .

عَجَّزَ نفسَه صحَّت الحوالَةُ عليه ، وإلا فلا ، ولو أحالَ المكاتبُ على سَيِّدِه بدَيْنِ مُعامَلَةٍ جازَ ، كما فُهِمَ بالأولى من كلامِ المُصَنِّفِ .

(والحوالَةُ بإبلِ الدِّيةِ وعليها لا تصِحُّ لِلجَهالَةِ) بصِفاتها (ولا) تصِحُّ الحوالَةُ (لِلسَّاعي) ولا لِلمُستحِقّ (بالزَّكاةِ) مِمَّنْ هي عليه ولا عَكْسُه وإنْ تلِفَ النِّصابُ بعدَ التمكُّنِ (لامتناعِ الاعتياضِ (١) عنها ولا) الحوالَةُ في (الجعالَةِ) بدَيْنِها أو عليه (قبلَ التمامِ) لِلعملِ لِعَدَمِ ثُبوت دَيْنِها حينَئِذٍ بخلافِه بعدَ التمامِ .

(فرعٌ) : لو (أحالَ على مَنْ لا دَيْنَ عليه لم تصِحَّ) الحوالَةُ (ولو رَضي) بها لِعَدَمِ الاعتياضِ ؛ إذ ليس عليه شيءٌ يجْعَلُه عِوضًا عن حَقِّ المُحْتالِ (فإنْ تطَوَّعَ) بأداءِ دَيْنِ المُحيلِ (كان قاضيًا دَيْنَ غيرِه وهو جائزٌ) .

الشرطُ (الثالِثُ : اتِّفاقُ الدَّيْنَيْنِ جِنسًا وقدرًا ، وحُلولا وتأجيلا ، وصِحَّةً وتكَسُّرًا ، وجَودَةً ورَداءَةً) ولو في غيرِ الرِّبَوِيِّ ؛ لأنَّ الحوالَةَ ليست على حَقِيقَةِ المعاوضات ، وإنَّما هي مُعاوضَةُ إرفاقٍ جُوِّزَتْ لِلحاجةِ فاعتُبِرَ فيها الاتِّفاقُ كما في القرضِ ، ويُشترَطُ العِلمُ باتِّفاقِهما كما يُعلَمُ مِمَّا مَرَّ في مَسألَةِ الحوالَةِ بإبلِ الدِّيةِ ، وعليها فلو جَهِلاه أو أحدَهما لم تصِحَّ الحوالَةُ ، وإنِ اتَّفقَ الدَّينانِ في نفسِ الأمرِ ؛ لأنَّها مُعاوضَةٌ فلا بُدَّ من عِلمِهما / بحالِ العِوضَيْنِ ، وأفْهَمَ كلامُه أنَّه لا يُعتبَرُ اتِّفاقُهما في ٢٣٢/٢
الرَّهْنِ ، ولا في الضَّمانِ ، وهو كذلك بل لو أحاله بدَيْنٍ أو على دَيْنٍ به رَهْنٌ أو ضامِنٌ انفكَّ الرَّهْنُ ، وبَرِئَ الضَّامِنُ ؛ لأنَّ الحوالَةَ كالقبضِ بدَليلِ سُقوطِ حَبسِ المبيعِ والزَّوجةِ فيما إذا أحالَ المُشتري بالثمَنِ ، والزَّوجُ بالصَّداقِ ، ويُفارِقُ المُحْتالُ الوارِثَ في نَظِيرِه من ذلك بأنَّ الوارِثَ خَليفةُ مورِّثِه فيما ثَبَت له من الحُقوقِ (ولو شَرَطَ) العاقِدُ في الحوالَةِ (رَهْنًا أو ضَمينًا) من المُحيلِ أو المُحالِ عليه إلى أنْ يسقُطَ حَقُّ المُحْتالِ بقبضٍ أو غيرِه (جازَ) هذا من زيادَته ، وهو تفريعٌ على أنَّ الحوالَةَ بيعُ عَيْنٍ بدَيْنٍ كما صَرَّحَ به الرُّويانيُّ وغيرُه ، والأصحُّ أنَّها بيعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ كما مَرَّ ، وعليه فالأقرَبُ - كما قال الأذرَعِيُّ - عَدَمُ جَوازِ ذلك ، وبه جَزَمَ في الأنوارِ (٢) .

---

(١) (قوله : ولامتناعِ الاعتياضِ عنها) ولأنَّها عِبادَةٌ فاعتُبِرَ أداؤُها على الوجه المأمورِ به .

(٢) (قوله : وبه جَزَمَ في الأنوارِ) عِبارَةُ الأنوارِ السَّابعُ : أن لا يكونَ مُعَلَّقًا ولا موقَّتًا ولا مَشروطًا برَهْنٍ أو كَفيلٍ أو ضَمينٍ أو خيارٍ ، وإلا فيبطُلُ ا هـ الأصحُّ ما جَزَمَ به المُصَنِّفُ إذ شرطُ الرَّهْنِ والضَّمينِ سائِغٌ لِعِوضٍ في الذِّمَّةِ ، وقد قال في مُختصَرِ الكِفايةِ : لو احتالَ على ....=

(فصلٌ : المحيلُ يبرأُ بالحوالَةِ) عن دَيْنِ المُحتالِ ، والمحالُ عليه يبرأُ عن دَيْنِ المحيلِ (ويلزَمُ الدَّيْنَ) المحالَ به (المحالُ عليه) لِلمُحتالِ ، لأنَّ ذلك هو فائِدَةُ الحوالَةِ ، وتعبيرُه باللُّزومِ أولى من تعبيرِ أصلِه بالتحوُّلِ ، لأنَّه يُنافي - ظاهرًا - كونَها بيعًا ، فإنَّ البيعَ يقتضي أنَّ الذي انتقَلَ إليه غيرُ الذي كان له والتحَوُّلُ يقتضي أنَّ الأوَّلَ باقٍ بعَيْنِه لكنْ تغَيَّرَ مَحَلُّه.

(فإنْ أفلَسَ) المحالُ عليه (أو مات) مُفلِسًا [(١)] (أو جَحَدَ) الحوالَةَ أو دَيْنَ المُحيلِ وحَلَفَ (فلا رُجوعَ) لِلمُحتالِ (على المُحيلِ) [(٢)] كما لا رُجوعَ له فيما لو اشترَى شيئًا ، وغُبِنَ فيه ، أو أخَذَ عِوضًا عن دَيْنِه ، وتلِفَ عندَه ، ولأنَّه أوجَبَ في الخبَرِ اتِّباعَ المحالِ عليه مُطلَقًا ، أو لأنَّه لو كان له الرُّجوعُ لَما كان لِذكْرِ المَلاءَةِ في الخبَرِ فائِدَةٌ ، لأنَّه إنْ لم يصِلْ إلى حَقِّه رَجَعَ به فعُلِمَ بذكرِها أنَّ الحقَّ انتقَلَ انتقالًا لا رُجوعَ به وأنَّ فائِدَةَ ذكرِها حِراسَةُ الحقِّ لا يُقالُ بل فائِدَتُه عَدَمُ صِحَّةِ الحوالَةِ على غيرِ المليءِ ، لأنَّا نَقولُ تلك صحيحةٌ بالإجماعِ، نَعَم قد يُقالُ : من فوائِدِه عَدَمُ نَدب قبولِها حينَئِذٍ ، ويُفارِقُ عَدَمُ رُجوعِه هنا رُجوعَه فيما لو اشترَى شيئًا ، وأفلَسَ بالثمَنِ بأنَّ العلقَةَ ثَمَّ باقِيةٌ في الثمَنِ وهنا لا علقَةَ قال في المطلَب : ولو قبلَ المُحتالُ الحوالَةَ بغيرِ اعترافٍ بالدَّينِ كان قبولُه مُتضَمِّنًا لاستجماعِ شَرائِطِ الصِّحَّةِ فيُؤَاخَذُ بذلك لو أنكَرَ المحالُ عليه ، وهل له تحليفُ المُحيلِ أنَّه لا يعلَمُ بَراءَته فيه وجهانِ انتهى ، وأوجَهُهما نَعَم [(٣)] .

= شَخصٍ بشرطِ أنْ يُعطيه المُحالُ عليه بالحقِّ رَهنًا أو يكونَ به ضامِنٌ ففي صِحَّةِ ذلك وجهانِ مَبنيَّانِ على أنَّها بَيْعٌ ، أو إرفاقٌ ، فإنْ قُلنا : بَيْعٌ صحَّ ، وإلا بَطَلَ الشرطُ ، وفي بُطْلانِ الحوالَةِ وجهانِ ا هـ وجَرَى عليه القموليُّ وعِبارَةُ جامعِ المُختصَرات ولو شَرَطَ رَهنًا أو ضامِنًا وجَعلت بَيْعًا صحَّ ا هـ فالجوازُ في اشتراطِ ذلك على المُحالِ عليه وعَدَمِه في اشتراطِه على المُحيلِ ، إذ الدَّيْنُ المرهونُ به أو المضمونُ ليس عليه فلا مُخالَفَةَ بينهما .

(١) (قوله : فإنْ أفلَسَ المُحالُ عليه أو مات مُفلِسًا إلخ) قال الأذرَعيُّ : ما ذكروه ظاهرٌ فيما إذا كان الحقُّ لِلمُحتالِ أمَّا لو كان لِغيرِه وهو يتصَرَّفُ عليه بولايَةٍ فيظهَرُ أنْ يُقال :إنَّه بانَ فسادُها ، قال الزَّركَشيُّ : بل تدومُ الصِّحَّةُ ولكن يضمَنُ الوليُّ لِتقصيرِه كما لو أقرَضَ مالَ الطِّفلِ من غيرِ مَليءٍ وجَوَّزناه .

(٢) (قوله : فلا رُجوعَ على المُحيلِ) ، لأنَّها عَقدٌ لازمٌ لا ينفسِخُ بفسخِهما أمَّا إذا أقامَ بَيِّنَةً بأنَّ المُحيلَ قبَضَ منه دَيْنَه قبلَ الحوالَةِ فإنَّ المُحتالَ يرجِعُ على المُحيلِ .

(٣) (قوله : وأوجَهُهما نَعَم) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فإنْ شَرَطَ) في الحوالَةِ (الرُّجوعَ بذلك) أي بشيءٍ منه (لَم تصِحَّ الحوالَةُ) لاقترانِها بشرطٍ يُخالِفُ مُقتضاها ، وقيلَ : تصِحُّ ، والترجيحُ من زيادَته ، وسَبَقَه إليه الأذرَعيُّ (١) (ولو بانَ المُحالُ عليه مُعسِرًا فلا خيارَ) لِلمُختالِ لِما مَرَّ (ولو شُرِطَ يسارُه) إذ لو اختارَ عندَ الشرطِ لاختارَ عندَ الإطْلاقِ ، لأنَّ الإعسارَ نَقصٌ في الذِّمَّةِ كالعيْبِ في المبيعِ ، وكذا لا خيارَ له (إنْ بانَ) المُحالُ عليه (عبدًا لِغيرِه) أي المُحيلِ كما لو بانَ مُعسِرًا (بل يُطالِبُه بعدَ العِتْقِ) وإنْ بانَ عبدًا له لم تصِحَّ الحوالَةُ ، وإنْ كان له في ذمَّته دَيْنٌ قبلَ مِلكِه له لِسُقوطِه عنه بمِلكِه (٢) .

(فرعٌ : لو صالحَه) أي المُدَّعي (أجنبيٌّ من دَيْنٍ على عَيْنٍ ثم جَحَدَه) أي الأجنبيُّ الصُّلحَ قبلَ قبضِها وحَلَف (رَجَعَ) المُدَّعي (على صاحِبِه) إنْ فُسِخَ الصُّلحُ كَنَظِيرِه في البيعِ ، ويُفارِقُ الحوالَةَ بأنَّ الحقَّ فيها صارَ مَقبوضًا قال في المُهِمَّات : وصورَةُ المسألَةِ أنْ يُصالِحَه لِقَطْعِ النِّزاعِ وإنْ كان المُدَّعَى عليه مُنكِرًا إذا اعترَف الأجنبيُّ فإنْ صالحَه لِنفسِه فهو ابتياعُ دَيْنٍ من غيرِ مَنْ عليه والأصحُّ عندَ الرَّافِعِيِّ وعندَ النوويِّ في بعضِ كُتُبِه أنَّه لا يصِحُّ كما مَرَّ بَيانُه في البيعِ ، أمَّا إذا صالحَه من دَيْنٍ على دَيْنٍ فباطِلٌ ، لأنَّه بيعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ بغيرِ حَوالَةٍ .

(فرعٌ : وإنْ فُسِخَ العقدُ) أي عَقدُ المبيعِ بعَيْبٍ أو إقالةٍ أو تحالُفٍ أو غيرِها (وقد أُحيلَ) البائعُ (بالثمَنِ بطَلَت (٣) الحوالَةُ) لارتفاعِ الثمَنِ بانفِساخِ العقدِ سَواءٌ أكان الفسخُ بعدَ قبضِ المبيعِ ومالِ الحوالَةِ أو قبلَه (وعادَ الثمَنُ مِلكًا لِلمُشتري ، ويرُدُّه البائعُ إليه إنْ كان قد قبَضَه) وهو باقٍ (أو بَدَله إنْ تلِف) فلا يرُدُّه إلى المُحالِ عليه فإنْ رَدَّه إليه لم تسقُطْ عنه مُطالَبةُ المُشتري ، لأنَّ الحقَّ له وقد قبَضَه البائعُ بإذنِه فإذا لم يقَع عن البائعِ يقَعُ عنه ويتعَيَّنُ حقُّه فيما قبَضَه البائعُ

---

(١) (قوله : وسَبَقَه إليه الأذرَعيُّ) وهو الوجه .

(٢) (قوله : لِسُقوطِه عنه بمِلكِه) قال شيخُنا أي لِسُقوطِ الدَّيْنِ الذي يتوجَّه عليه بسَبَبِ الحوالَةِ لو قِيلَ بصِحَّتها مع تبَيُّنِ كونه مِلكًا له أمَّا الدَّيْنُ الثابتُ في ذمَّةِ الرَّقيقِ فلا يسقُطُ بمِلكِ رَبِّ الدَّيْنِ له .

(٣) (قوله : وإذا فُسِخَ العقدُ وقد أُحيلَ بالثمَنِ بطَلَت الحوالَةُ) بناءً على أنَّ الحوالَةَ استيفاءٌ ، لأنَّها على هذا التقديرِ نوعُ إرفاقٍ ومُسامَحةٍ فإذا بَطَلَ الأصلُ بطَلَتْ هَيْئَةُ الإرفاقِ التابعةُ له كما لو اشترَى بمُكَسَّرَةٍ وتطَوَّعَ بأداءِ الصِّحاحِ ثم رَدَّه بعَيْبٍ فإنَّه يترَدَّدُ الصِّحاحَ .

كما صَرَّحَ به الأصلُ [١] حتى لا يجوزَ إبدالُه إنْ بَقِيتْ عَيْنُه وإبراءُ البائعِ المُحالِ عليه
٢٣٣/٢ / من الدَّيْنِ قبلَ الفسخِ كَقبضِه له فيما ذُكِرَ فلِلمُشتري مُطالَبَتُه بِمِثْلِ المُحالِ به **(وإنْ لم يقبضه فليس له قبضُه)** ، لأنَّه عادَ إلى مِلكِ المُشتري **(فإنْ قبضَه ضَمِنَ)** فلا يقَعُ قبضُه عن المُشتري لِعَدَمِ الحوالَةِ والوكالَةِ ، ولأنَّه إنَّما يقبضُ لِنفسِه ولَم يبقَ له حَقٌّ بخلافِ ما إذا فسَدَت الشرِكَةُ والوكالَةُ فإنَّ التصرُّف يصِحُّ لِبَقاءِ الإذنِ فيه ، لأنَّه كان في التصَرُّفِ عن الإذنِ ، وإذنُه باقٍ بخلافِه في مَسألَتنا فإنَّه إنَّما كان في قبضِ البائعِ عن نفسِه لا عن الإذنِ ، وقد ارتفعَ بما ذُكِرَ ، والتصريحُ بالضَّمانِ من زيادَته **(وإنْ أحالَ البائعُ بالثمَنِ)** على المُشتري **(لِثالِثٍ)** بزيادَةِ اللاَّمِ أي ثالِثًا ثم فُسِخَ العقدُ بشيءٍ مِمَّا ذُكِرَ **(لَم تبطُل الحوالَةُ)** وإنْ لم يقبض المُحتالُ مالها ، لِتعلُّقِ الحقِّ بثالِثٍ [٢] بخلافِه فيما مَرَّ فيبعُدُ ارتفاعُها بفسخٍ يختصُّ بالعاقِدَيْنِ كما لا يفْسَخُ لِذلك تصَرُّفُ البائعِ في الثمَنِ إذا تصرَّف فيه ثم فُسِخَ العقدُ **(لكن لا يرجِعُ المُشتري على البائعِ)** بالثمَنِ **(إلا بعدَ التسليمِ)** [٣] أي تسليمِه لِلمُحتالِ **(بل له مُطالَبَتُه بطَلَب القبضِ)** منه **(ليرجِعَ عليه)** أي على البائعِ فلا يرجِعُ به قبلَ التسليمِ ، وإنْ كانت الحوالَةُ كالقبضِ ، لأنَّ الغُرمَ إنَّما يكونُ بعدَ القبضِ حقِيقَةً لا حُكمًا ، والتصريحُ بقولِه : بل له مُطالَبَتُه إلى آخرِه من زيادَته .

(فرعٌ : لو أحالها) زَوجُها **(بصَداقِها ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، أو انفسَخَ النِّكاحُ)** قبله **(بردَّتها أو بعَيبٍ)** أو بخُلفِ شرطٍ **(لَم تبطُل الحوالَةُ)** بخلافِها فيما مَرَّ فيما لو أُحيلَ البائعُ بالثمَنِ ، لأنَّ الصَّداقَ أثبَتُ من غيرِه ، ولِهذا لو زادَ زيادَةً مُتَّصِلَةً لم يرجِع فيه إلا برِضاها بخلافِ المبيعِ ونحوِه **(ويرجِعُ الزَّوجُ عليها بالنِّصْفِ)** من الصَّداقِ **(إنْ طَلَّقَ أو الكُلِّ إنِ انفسَخَ)** النِّكاحُ .

(فرعٌ) لو **(أحالَ)** البائعُ **(عليه)** أي المُشتري **(بثَمَنِ عبدٍ)** باعَه منه **(فتصادَقَ هو والمُشتري على حُرِّيَّته)** إمَّا ابتداءً أو بزَعمِ العبدِ أنَّه حُرٌّ **(لَم تبطُل الحوالَةُ)** لِتعَلُّقِها بثالِثٍ فلِلمُحتالِ أخذُ المُحالِ به من المُشتري **(ويرجِعُ)** المُشتري

---

(١) (قوله : كما صَرَّحَ به الأصلُ) وقد أفادَه كلامُ المُصَنِّفِ .

(٢) (قوله : لِتعَلُّقِ الحقِّ بثالِثٍ) وهو الذي انتقَلَ إليه الثمَنُ فلَم يبطُلْ حَقُّه بفسخ المُتعاقِدَيْنِ كما لو تصَرَّف البائعُ في الثمَنِ ثم رَدَّ المُشتري ما اشتراه بعَيبِه فإنَّ تصَرُّفَه لا يبطُلُ .

(٣) (قوله : لكنْ لا يرجِعُ المُشتري على البائعِ إلا بعدَ التسليمِ) وإنْ قال البُلقِينيُّ : إنَّه لا وجهَ له .

بالمأخوذ منه على البائع بعدَ الأخذ منه ، لأنَّه قَضَى دَيْنَه بإذنِه الذي تضَمَّنَتْه الحوالَةُ ، وهذا من زيادَته هنا (١) ، وهو مَتروكٌ في نُسَخٍ اكْتفاءً بما سَيأتي ، (إلا إنْ صَدَّقَهما المُحْتالُ أو شَهدَتْ بَيِّنَةٌ) بحُرِّيَّته فتبطُلُ الحوالَةُ بمَعنَى أنَّه تبَيَّنَ بُطْلانُهم ؛ لأنَّه بانَ ببُطْلانِ البيعِ أنْ لا ثَمَنَ حتى يُحالَ به (٢) فيَرُدَّ المُحْتالُ ما أخَذَه على المُشتري ويبقَى حَقُّه كما كان .

والبيِّنَةُ (لِلعبدِ) بأنْ يُقيمَها هو (٣) (أو) تشهَدَ (حِسبةً) ومَحَلُّ إقامَته لها إذا تصادَقَ العاقِدانِ بعدَ بيعِه بأنْ باعَه المُشتري لآخَرَ كما صَوَّرَها القاضي أبو الطَّيِّب ؛ إذ لا يُتصَوَّرُ إقامَتُه لها قبلَ بيعِه ، لأنَّه مَحكومٌ بحُرِّيَّته بتصادُقِهما ، وإنْ لم يُصَدِّق المُحْتالُ فلا تُسمَعُ دَعواه ولا بَيِّنَتُه نَبَّهَ عليه ابنُ الرِّفْعَةِ وغيرُه ، ومِثلُه شَهادَةُ الحِسبةِ لأنَّها إنَّما تُقامُ عندَ الحاجةِ ولا حاجةَ قبلَ البيعِ (لا لِلعاقِدَيْنِ) بأنْ يُقيماها لِعَدَمِ تصَوُّرِها منهما (لأنَّهما كذَباها بالبيعِ) (٤) .

قال في المُهِمَّات : والصَّحيحُ المنصوصُ في الأُمِّ خلافُه إذا لم يكُنِ الذي أقامَها صَرَّحَ بمِلكِ المبيعِ بل اقتصَرَ على البيعِ ، ومِمَّن قال به الرُّويانيُّ خلافُ ما قاله هنا ، وكلامُ الشيخَيْنِ في الدَّعاوى صَريحٌ فيه انتهى وظاهرٌ أنَّ مَحَلَّ الخلافِ (٥) إذا لم يذكُرْ تأويلا فإنْ ذكرَه كأنْ قال : أعتقته ونَسِيت أو اشتبَهَ عليَّ بغيرِه فينبَغي سَماعُها قَطْعًا كَنَظيرِه فيما لو قال : لا شيءَ لي على زَيْدٍ ثم ادَّعَى عليه دَيْنًا وادَّعَى أنَّه كان نَسِيَهُ ،

---

(١) (قوله : وهذا من زيادَته هنا) واقتضَى كلامُ الشيخَيْنِ ترجيحَه ، وقال في المطْلَب : إنَّه الحقُّ .

(٢) (قوله : لأنَّه بانَ ببُطْلانِ البيعِ أنْ لا ثَمَنَ حتى يُحالَ به) وكذا كُلُّ ما يمنَعُ صِحَّةَ البيعِ .

(٣) (قوله : والبيِّنَةُ لِلعبدِ بأنْ يُقيمَها هو) ما ذكروه من أنَّ المُحالَ عليه لا يندَفِعُ عنه طَلَبُ المُحْتالِ بإقامَةِ العاقِدَيْنِ البيِّنَةَ يأتي أيضًا في العبدِ ، لأنَّه إنْ لَم يعترِف بالرِّقِّ حينَ البيعِ فالقولُ قولُه بلا بَيِّنَةٍ وإنِ اعترَف به فهو مُكذِّبٌ لِبَيِّنَته صَريحًا فهو أقوى من تكْذيب المُتبايِعَيْنِ بالدُّخولِ في البيعِ فإنْ تخَيَّلَ أنَّ الحُرِّيَّةَ حَقُّ الله - تعالى فتُسمَعُ بَيِّنَةُ العبدِ مع التكْذيب فهو موجودٌ في المُتبايِعَيْنِ نَعَم تصَوُّرُ المسألَةِ بأنْ يكونَ العبدُ صَغيرًا حينَ البيعِ أو أعجَميًا يظُنُّ أنَّ مَن اشترَى إنسانًا شِراءً فاسِدًا مَلَكَه .

(٤) (قوله : لأنَّهما كذَباها بالبيعِ) وقال الإمامُ في الضَّمانِ : مَن أقدَمَ على عَقدٍ كان في ضِمنِه الاعترافُ بوُجودِ شُروطِه حتى لا تُسمع منه خلافُ ذلك .

(٥) (قوله : وظاهرٌ أنَّ مَحَلَّ الخلافِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

أو اطَّلَعَ عليه بعدُ ، ثم رَأيت الزَّركَشيَّ وغيرَه قد بَحثوا ذلك [١] .

(ولهما تحليفُ المُحتالِ) إنْ كذَّبهما ولا بَيِّنَةَ (يمينَ) نفي (العِلمِ) بالحُرِّيَّةِ فيقولِ واللهِ لا أعلَمُ حُرِّيَّتَه ، لأنَّ هذه قاعِدَةُ الحلِفِ على النفيِ الذي لا يتعَلَّقُ به ، وتعبيرُهم قد يوهمُ توقُّف الحلِفِ على اجتماعِهما ، والموافِقُ لِلقَواعِدِ أنَّه يَحلِفُ لِمَنِ استحلَفَه [٢] منهما ، أمَّا البائعُ [٣] فلِغَرَضِ انتفاء مِلكِه في الثمَنِ [٤] ، وأمَّا المُشتري فلِغَرَضِ دَفعِ المُطالَبةِ نعَم إذا حَلَفه أحدُهما فهل لِلثَّاني تحليفُه أيضًا أو لا ليكونَ خُصومَتُهما واحدَةً [٥] فيه نَظَرٌ ، نَبَّهَ على ذلك الإسنَويُّ ، والأوجَه فيما نَظَرٌ فيه أنَّ لِلثَّاني تحليفه ، لأنَّ له حَقًّا فإنْ حَلَف بَقِيت الحوالَةُ في حَقِّه .

٢/٢٣٤ (فلو سَلَّمَ) له (المُشتري) / ما احتالَ به عليه (رَجَعَ) به (على البائعِ) ؛ لأنَّه قَضَى دَينَه بإذنِه الذي تضَمَّنَته الحوالَةُ . وقال البغَويّ : لا يرجِعُ ؛ لأنَّه يقولُ : ظَلَمَني المُحتالُ بما أخَذَه ، والمظلومُ لا يرجِعُ إلا على ظالِمِه ، والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَةِ المُصَنِّفِ ، ورَجَّحَه الرَّافِعِيُّ في الشرحِ الصَّغيرِ ، وكذا ابنُ الرِّفعَةِ في المطلَب .

(فإنْ نَكَلَ المُحتالُ) عن اليمينِ (حَلَفَ المُشتري) على الحُرِّيَّةِ (وبَطَلَت الحوالَةُ) بالمعنَى السَّابِقِ بناءً على أنَّ اليمينَ المردودَةَ كالإقرارِ ، وظاهرُه أنَّ البائعَ لا يَحلِفُ وقد يوجَّه بأنَّه لا غَرَضَ له ، والأوجَه أنَّه يَحلِفُ ، ويوجَّه بما وجَّهَ به ابنُ الرِّفعَةِ صِحَّةَ دَعواه على المُحتالِ من أنَّ له إجبارَ مَن له عليه حَقٌّ على قبضِه على الصَّحيحِ فيُحضِرُه له ، ويدَّعي عليه استحقاقَ قبضِه فيحكُمُ ببُطلانِ الحوالَةِ بالحُرِّيَّةِ ، وكالحُرِّيَّةِ - فيما ذُكِرَ - جَميعُ ما يمنَعُ صِحَّةَ البيعِ هذا كُلُّه إذا وقَعَ التعَرُّضُ لكونِ

---

(١) (قوله : ثم رَأيت الزَّركَشيَّ وغيرَه قد بَحثوا ذلك) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : والموافِقُ لِلقَواعِدِ أنَّه يَحلِفُ لِمَنِ استحلَفَه منهما) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : أمَّا البائعُ إلخ) سَماعُ دَعوى البائعِ على المُحتالِ بماذا فإنَّه بعدَ وُقوعِ الحوالَةِ غيرُ مُطالَبٍ ولا حَقَّ له بزَعمِه عندَ المُشتري حتى إذا بَطَلَت الحوالَةُ رَجَعَ به ، وأجابَ ابنُ الرِّفعَةِ بأنَّ البائعَ له إجبارُ مَن له حَقٌّ على قبضِه على الصَّحيحِ فيُحضِرُه إليه ويدَّعي عليه استحقاقَ قبضِه ليحكُمَ ببُطلانِ الحوالَةِ بحُرِّيَّةِ العبدِ الذي أحالَ بثَمَنِه .

(٤) (قوله : فلِغَرَضِ انتفاءِ مِلكِه) قال شيخُنا : هذا المَحَلُّ من إصلاحِ الوالِدِ رحمه الله تعالى وفي أصلِ النُّسَخِ فلِغَرَضِ بَقاءٍ ولا مَعنًى له .

(٥) (قوله: أو لا لكونِ خُصومَتِهما واحدَةً) أشارَ إلى تصحيحِه .

الحوالَةِ بالثمَنِ ، وإلا **(فلو قال البائعُ : الحوالَةُ)** على المُشتري **(بدَيْنٍ)** آخَرَ لي عليه **(غيرَ الثمَنِ فإنْ أنكَرَ المُشتري أصلَ الدَّيْنِ فالقولُ قولُه)** بيمينِه **(وإنْ صَدَّقَه وأنكَرَ الحوالَةَ)** به **(فلا عِبرَةَ بإنكارِه)** بناءً على عَدَمِ اعتبارِ رِضا المُحالِ عليه ، ولو قال المُحتالُ : الحوالَةُ لم تكُنْ بالثمَنِ فالقولُ قولُه بيمينِه ؛ لأنَّ الظَّاهرَ صِحَّةُ الحوالَةِ ، والعاقِدانِ يدَّعيانِ فسادَها قاله القاضيانِ أبو الطَّيِّب والرُّويانيُّ وغيرُهما .

(فصلٌ) : لو **(قال)** لَكَ مَنْ له عليك دَيْنٌ **(أحلتني)** به على زَيْدٍ مَثَلًا **(فقُلت بل وكَّلتُك)** لِتقبضَه لي **(فالقولُ قولُك)** [١] بيمينِك ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الحقَّيْنِ [٢] **(وكذا لو قُلت أرَدت الوكالَةَ بقولي أحلتُك ، وقد قُلت)** أحلتُك **(بمِائَةٍ)** مَثَلًا لِذلك ، ولأنَّك أعرَفُ بإرادَتك [٣] ومن هنا يُؤخَذُ أنَّ أحلتُك فيما ذُكِرَ كِنايةٌ ، وقد قَدَّمته فعليه لو لم تكُنْ له إرادَةٌ فلا حَوالَةَ [٤] ولا وكالَةَ **(لا إنْ قُلت)**

---

(١) (قولُه قال : أحلتني فقُلت بل وكَّلتُك فالقولُ قولُك إلخ) لو ادَّعَى على آخَرَ أنَّ زَيْدًا أحالَني عليك فإنْ كان زَيْدٌ حاضِرًا وجَبَ صِدقُه وتسليمُ المالِ إليه ، وإنْ كذَّبَه صُدِّقَ زَيْدٌ بيمينِه ، وله مُطالَبةُ المديونِ بدَيْنِه ، وسَقَطَتْ مُطالَبةُ المُدَّعي عن زَيْدٍ ، وإنْ كان غائبًا فإنْ صَدَّقَه لَزِمَه التسليمُ ، وإنْ كذَّبَه صُدِّقَ بيمينِه فإذا رَجَعَ الغائِبُ فإنْ صُدِّقَ الطَّالِبُ أو كُذِّبَ فالحُكْمُ على ما ذُكِرَ ، وإنْ أقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً وأخَذَ لَم يرجِع على الغائِب إلا أنْ يُسَلِّمَ الغائِبُ دَيْنَ المُدَّعي ، والحوالَةُ وعَدَمُ الدَّيْنِ على المُدَّعَى عليه قال البغَوِيّ في الفتاوى : ولو ادَّعَى على آخَرَ عَشَرَةً ، وأقامَ بَيِّنَةً ، أو أقرَّ بها المُدَّعَى عليه ، وقال : أدَّيتها فقال المُدَّعي : لَم تكُنْ من هذه الجِهَةِ ، وكان لي عليك عَشَرَةٌ أُخرَى فالقولُ لِلدَّافِعِ بيمينِه ، ولو قال : أحلت عليَّ زَيْدًا بها فقال المُدَّعي : تلك عَشَرَةٌ غيرُ هذه صُدِّقَ المُدَّعي بيمينِه ، والفرقُ أنَّ الحوالَةَ إيفاءٌ وهو مُنْكِرٌ أنَّه أحاله بما يدَّعي ، وأمَّا ثَمَّ فإنَّه مُقِرٌّ بأنَّه أخَذَ المالَ من المُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُؤَدِّي في جِهَةِ الأداءِ .

(٢) (قوله : لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الحقَّيْنِ) ولأنَّه اختلافٌ في صِفةِ الإذْنِ ، ولو اختلَفا في أصلِ الإذْنِ فالقولُ قولُه فكذا إذا اختلَفا في صِفته وسَواءٌ أتنازَعا في أنَّ الصَّادِرَ لَفظُ الوكالَةِ أو لَفظُ الحوالَةِ أو اتَّفقا على أنَّ الصَّادِرَ أقبِضْ من زَيْدٍ .

(٣) (قوله : ولأنَّك أعرَفُ بإرادَتك) أصلُ الوجهَيْنِ القولانِ فيما إذا قَدَّما فرقًا ثم اختلَفَ هو ووارِثُه في حَياته ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الحياةِ ، وبَراءَةُ الذِّمَّةِ كذلك هنا الأصلُ بَقاءُ حَقِّ المُحيلِ في ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، ولَفظُ أحلتُك حَقيقَةٌ في التحَوُّلِ مُختصَرُ الكِفايةِ .

(٤) (قوله : فعليه لو لَم تكُنْ له إرادَةٌ فلا حَوالَةَ ولا وكالَةَ) قُدِّمت أنَّه صَريحٌ في الحوالَةِ حينَئِذٍ ، والاحتمالُ في قولِه : أحلتُك بالمِائَةِ أو بالمِائَةِ التي لي على عَمرٍو في موضِعَيْنِ : ....=

أحلتُك (بالمِائَةِ التي لَك عليَّ) فالقولُ قولُه ، لأنَّ هذا لا يحتمِلُ إلا حَقِيقَةَ الحوالَةِ (فلو حلَفت) في الصُورتَينِ الأُولَيينِ (لَم يسقُطْ حقُّه) عنك سَواءٌ أقبَضَ أم لا فله مُطالَبَتُك بحَقِّه ، لأنَّه إن كان وكيلا فظاهرٌ ، أو مُحتالا فقد أحلت بينه وبين حَقِّه (١) بجَحْدِك وحَلِفِك (ومَنْع القبضِ) إنْ لم يكُنْ قبَض ، لأنَّ الحوالَةَ اندَفعَت وصارَ مَعزولا عن الوكالَةِ بإنكارِه ، ولَك مُطالَبةُ زَيْدٍ بحَقِّك (فإنْ كان قد قبَض بَرِئَ المُحالُ عليه) لِدَفعِه إلى وكيلٍ أو مُحتالٍ (ولَزِمَ) القابضَ (رَدُّ المقبوضِ إليك) إنْ كان باقِيًا (فإنْ خَشي امتناعَك من التسليمِ) له (فله) في الباطِنِ (أخذُه وجَحْدُك) لأنَّه ظَفِرَ بجِنسِ حَقِّه من مالِك ، وهو يخشَى ضَياعَه (ولو تلِف) المقبوضُ (معه) أي مع القابضِ (بلا تفريطٍ) منه (لَم تُطالِبه) أنت إذ لا ضَمانَ عليه (لِزَعمِك الوكالَةَ) والوكيلُ أمينٌ (ولَم يُطالِبك لِزَعمِه الاستيفاءَ أو) تلِف معه (بتفريطِ طالِبَته) لأنَّه صارَ ضامِنًا (وبَطَلَ حَقُّه) لِزَعمِه استيفاءَه ، وهذا من زيادَته .

(وإنْ قُلت : أحلتُك) على زَيْدٍ (فقال) بل (وكَّلتني) لا قبضَ لَك منه (فالقولُ قولُه) بيمينِه سَواءٌ (جَرَى لَفظُ الحوالَةِ أو لا) ، لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الحقَّيْنِ (فإنْ حَلَف) ولَم يقبض (طالَبَك) بحَقِّه (ولا يسقُطُ حَقُّك) عن زَيْدٍ ، لأنَّه إنْ كان وكيلا فلَم يقبض فيبقَى حَقُّك ، أو مُحتالا فقد ظَلَمَك بأخذه منك إنْ كان قد أخَذَ وما على زَيْدٍ حَقُّه فلَكَ أخذُه عِوضًا عمَّا ظَلَمَك به وقِيلَ يسقُطُ حَقُّك عنه ، لأنَّك اعترَفت بتحَوُّلِ ما عليه إلى غيرِك ، والترجيحُ من زيادَته .

٢/٢٣٥ (فإنْ كان قد قبَضَه) من زَيْدٍ (فله أخذُه) / أي تمَلُّكه (بحَقِّه) إنْ كان باقِيًا

= أحدُهما : لَفظُ الحوالَةِ قد يُرادُ به الوكالَةُ ، وإن كان خلاف الظَّاهرِ .

والثاني : لَفظُ مِائَةٍ فإنَّها مُبهَمَةٌ لا تتعَيَّنُ لِلمِائَةِ التي عليه بل هي صالِحَةٌ لها ولِغيرِها على السَّواءِ ، فإذا أرادَ بها غيرَها لَم ينتظِم فيه مَعنَى الحوالَةِ فيخرُجُ عن موضوعِه ، لأنَّ شرطَه أنْ يكونَ بما عليه فلَم يجِد نَفاذًا في موضوعِه فكان كِنايَةً في الوكالَةِ .

(١) (قوله : فقد أحلت بينه وبين حَقِّه إلخ) والحَيْلولَةُ موجِبَةٌ لِلضَّمانِ على الصَّحيحِ ، وهو إنَّما اعترَف ببَراءَتك في مُقابَلَةِ ما ثَبَت له على زَيْدٍ مَثَلا ، وإذا لَم يثْبُتْ رَجَعَ إلى حَقِّه ، وقد نَصَّ الشافِعِيُّ رضي الله عنه على هذه العِلَّةِ في نَظِيرِ ما نحنُ فيه فقال في الأُمِّ فيما إذا أقرَّ أحدُ الابنَيْنِ بأخٍ وكذَّبَه الآخَرُ : لا يثْبُتُ الإرثُ وقاسَه على ما لو قال اشتَرَيْت منك هذه الدَّارَ بألفٍ وأنكَرَ البيعَ لا يستحِقُّ عليه الألف ، لأنَّه إنَّما أنفقَها في مُقابَلَةِ ما ثَبَت له ولَم يثْبُتْ .

لأنَّه من جِنسِ حَقِّه وأنت تزعُمُ أنَّه مِلكُه (وإنْ تلِفَ) معه (بلا تفريطٍ لم يضمَنْ) ، لأنَّه وكيلٌ أمينٌ (أو بتفريطٍ ضَمِنَ وتقاصَّا) أي ووقَعَ بينهما التقاصُّ ، لأنَّ لَك عليه مِثلَ ما له عليك .

(مَسائِلُ) مُتعلِّقَةٌ بالباب

(لِلمُحتالِ أنْ يُحيلَ) غيرَه على المحالِ عليه ، وأن (يحتالَ) من المحالِ عليه على مَدينِه ، (وكذا فُروعُه) أي المحتالِ أو كُلٌّ منه ، ومن المحالِ عليه فلو أحلت زَيْدًا على عَمرٍو فأحالَ زَيْدٌ بَكرًا على عَمرٍو فأحالَ بَكرٌ آخَرَ على عَمرٍو ، أو أحلت زَيْدًا على عَمرٍو فأحاله عَمرٌو على بَكرٍ فأحاله بَكرٌ على آخَرَ أو أحلت زَيْدًا على عَمرٍو ثم ثَبَت لِعَمرٍو عليك مِثلَ ذلك الدَّيْنِ فأحالَ زَيْدًا عليك جازَ ، (ولو أقرَضتهما) أي اثنَيْنِ (مِائَةً) مَثَلا على كُلٍّ واحدٍ منهما خَمسونَ (وتضامَنا فأحلت بها لِرَجُلٍ) بزيادَةِ اللأمِ أي رَجُلا عليهما (على أنْ يأخُذَها من أيِّهما شاءَ جازَ) وقِيلَ : لا يجوزُ ، لأنَّه [1] لم يكُن له إلا مُطالَبةُ واحدٍ فلا يستفيدُ بالحوالَةِ زيادَةَ صِفةٍ ، ووجه الأوَّلِ أنَّه لا زيادَةَ في القدرِ ، ولا في الصِّفةِ ، وترجيحُه من زيادَته ، ومِمَّن رَجَّحَه الشيخُ أبوحامِدٍ والجُرجانيُّ والمحامِليُّ والرُّويانيُّ ، وقولُه : كأصلِه على أنْ يأخُذَ من أيِّهما شاءَ ليس بقَيْدٍ بل الإطلاقُ كافٍ كما صَوَّرَ به القاضي أبو الطَّيِّب ، وفي الأصلِ : لو أحالَك أحدُهما بالمِائَةِ بَرِئَا جَميعًا أو أحلت على أحدِهما بها بَرِئَ الآخَرُ ، لأنَّ الحوالَةَ كالقبضِ أو أحلت عليهما على أنْ يأخُذَ المحتالُ من كُلِّ واحدٍ خَمسينَ جازَ ، ويبرأُ كُلُّ واحدٍ عَمَّا ضَمِنَ انتهى قال في المُهِمَّات : ولو أحالَ على أحدِهما بخَمسينَ ، فهل تنصَرِفُ إلى الأصليَّةِ أو توزَّعُ أو يرجِعُ إلى إرادَةِ المُحيلِ ؟ فإنْ لم يُرِدْ شيئًا صَرَفه بنيَّته فيه نَظَرٌ ، وفائِدَتُه فِكاكُ الرَّهنِ الذي بأحدِهما انتهى ، والقِياسُ الرُّجوعُ إلى إرادَته [2] .

---

(١) (قولُه : وقِيلَ لا يجوزُ ، لأنَّه إلخ) وإنْ قال البُلقينيُّ : إنَّه الصَّوابُ .

(٢) (قوله : والقِياسُ الرُّجوعُ إلى إرادَته) أشارَ إلى تصحيحِه

(تنبيهٌ) لو كان له على رَجُلٍ ألفٌ فقال الآخَرُ : لا حَقَّ له عليه أحلتُك بألفِ درهَمٍ على فُلانٍ على أنَّكَ إذا أخَذت منه فأنت مِنِّي بَرِيءٌ قال ابنُ سُرَيْجٍ : لا يصِحُّ هذا الشرطُ والظَّاهِرُ أنَّ هذا وكالَةٌ ، إذ لا يصِحُّ حَوالَةً ولا هبةً فإذا مات المحالُ عليه لَم تبطُل وإنْ مات المُحيلُ بَطَلَتْ ولو أحاله على رَجُلٍ بدَيْنٍ له عليه ثم دَفَعَ المُحيلُ المالَ إلى المحتالِ صَحَّ قَضاؤُه الدَّيْنَ عن المحالِ عليه ، ولا يرجِعُ به عليه ، وقال البغَويّ في الفتاوى : لو ادَّعَى عَشَرَةً ،...........=

(ومَن أقامَ بَيِّنَةً أنَّ غريمَه) الدَّائِنَ (أحالَ عليه فُلانًا الغائِبَ سُمِعت) وسَقَطَتْ مُطالَبَتُه له فإنْ لم يُقِم بَيِّنَةً صُدِّقَ غَريمُه بيمينِه كما صَرَّحَ به الأصلُ (وهل يُقضَى بها) أي بالبيِّنَةِ (لِلغائِب) بأنْ ثَبَتت بها الحوالَةُ في حَقِّه حتى لا يحتاجَ إلى إقامَةِ بَيِّنَةٍ (إنْ قَدِمَ وجهان) أحدُهما . وهو قولُ ابنِ سُرَيْج لا ، إذ لا يُقضَى بالبيِّنَةِ لِلغائِب . والثاني : وهو احتمالٌ لابنِ الصَّبَّاغِ [1] نَعَم ، لأنَّه إذا قَدِمَ يدَّعي على المُحالِ عليه لا المُحيلِ وهو مُقِرٌّ له فلا حاجةَ إلى إقامَةِ البيِّنَةِ .

* * *

= وأقامَ بها بَيِّنَةً فقال المُدَّعَى عليه : أعطَيْتُكَها فقال المُدَّعي : تلك عَشَرَةٌ كانتْ لي عليك غيرَ هذه صُدِّقَ الدَّافِعُ بيمينِه ، ولو قال : أحلت عليَّ زَيْدًا بها فقال : تلك عَشَرَةٌ غيرُ هذه صُدِّقَ بيمينِه ، والفرقُ أنَّ الحوالَةَ إيفاءٌ وهو مُنكِرٌ أنَّه أخَذَ ما يدَّعي ، وأمَّا ثَمَّ فهو مُقِرٌّ أنَّه أخَذَ المالَ من المُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُؤَدَّى في جِهَةِ الأداءِ .

(١) (قوله : والثاني) وهو احتمالٌ لابنِ الصَّبَّاغِ تابَعَه عليه صاحِبُ البحرِ وقولُه : نَعَم ، لأنَّه إلخ

(كِتابُ الضَّمانِ)

هو لُغَةً : الالتزامُ ، وشرعًا : يُقالُ لالتزام حَقٍّ ثابتٍ في ذمَّةِ الغيرِ (١) ، أو إحضارِ مَنْ هو عليه أو عَينٍ مَضمونَةٍ ، ويُقالُ لِلعَقدِ الذي يَحْصُلُ به ذلك ، ويُسَمَّى المُلتزِمُ لِذلك ضامِنًا وضَمِينًا وحَميلا وزَعِيمًا وكافِلا وكَفيلا وصَبيرًا وقبيلا ، قال الماورديُّ : غيرَ أنَّ العُرف جارٍ بأنَّ الضَّمينَ مُستعمَلٌ في الأموالِ ، والحميلُ في الدِّيات ، والزَّعيمُ في الأموالِ العِظامِ والكَفيلُ في النُّفوسِ والصَّبيرُ في الجميعِ وكالضَّمينِ فيما قاله الضَّامِنُ وكالكَفيلِ الكافِلُ وكالصَّبيرِ القبيلُ ، قال ابنُ حِبَّانَ في صحيحِه والزَّعيمُ لُغَةُ أهْلِ المدينَةِ والحميلُ لُغَةُ أهْلِ مِصْرَ والكَفيلُ لُغَةُ أهْلِ العِراقِ والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ قوله تعالى : ﴿سَلهم أيُّهم بذلك زَعيمٌ﴾ [القلم : ٤٠] وقولُه ﴿ولِمَن جاءَ به حِملُ بَعيرٍ وأنا به زَعيمٌ﴾ [يوسف : ٧٢] وكان حِملُ البعيرِ مَعروفًا عندَهم ، وشرعُ مَنْ قبلَنا شرعٌ لَنا إذا ورَدَ في شرعِنا ما يُقرِّرُه ، وقد ورَدَ فيه ذلك كَخَبَرِ «الزَّعيمُ غارِمٌ» رواه التِّرمِذيُّ وحَسَّنَه وابنُ حِبَّانَ وصحَّحَه (٢) وخَبَرِ الحاكِمِ بإسنادٍ صحيحٍ «أنَّه ﷺ تَحَمَّلَ عن رَجُلٍ عَشَرَةَ دَنانيرَ» وخَبَرِ الصَّحيحينِ «أنَّه ﷺ أُتِيَ بجِنازَةٍ فقال : هل ترَكَ شيئًا ، قالوا : لا ، قال : هل عليه دَيْنٌ ؟ قالوا :

---

(١) (قوله : وشرعًا : يُقالُ : لالتزامِ حَقٍّ ثابتٍ في ذمَّةِ الغيرِ) الضَّمانُ على ثَلاثةِ أقسامٍ : أحدُها يتعَلَّقُ بالذِّمَّةِ فقَط وهو واضِحٌ ثانيها : يتعَلَّقُ بالذِّمَّةِ والعينِ كما إذا قال: ضَمِنت دَيْنَك على أن أُؤَدِّيه من هذه العينِ كذا صَرَّحَ به البندَنيجيُّ وابنُ الصَّبَّاغِ وغيرُهما ثالِثُها : بالعينِ فقَطْ كما إذا قال : ضَمِنت دَيْنَك في هذه العينِ جَزَمَ به القاضي الحُسَيْنُ قال الأصحابُ : ذمَّةُ المَيِّت صحيحةٌ ، وقد صحَّ أنَّ ذمَّته مُرتهَنَةٌ بدَيْنِه حتى يُقضَى عنه وأمَّا قولُهم : إنَّ ذمَّةَ المَيِّت قد خَرِبَتْ فمعناه أنَّها خَرَجَتْ عن صَلاحيَّةِ المُطالَبةِ في الدُّنيا لا أنَّها ليست صالِحَةً لِلشُّغلِ بالدُّيونِ ألا ترَى أنَّها يتجَدَّدُ لها الشغلُ بنحوِ رَدِّ مَبيعٍ بعَيْبٍ وتردِّي بَهيمَةٍ في بئرٍ حَفرَها في مَحَلِّ عُدوانٍ بعدَ موته وقولُه كذا صَرَّحَ البندَنيجيُّ أشارَ شيخُنا إلى تصحيحِه وكذا قولُه كذا جَزمُ به القاضي الحُسَيْنُ وكَتَبَ عليه هو الأصحُّ وإنْ نوزِعَ فيه ويُؤَيِّدُه ما صَرَّحوا به في باب الرَّهْنِ من أنَّه لو أعارَه عَيْنًا ليرهَنَها على دَيْنِه صحَّ وكان ضَمانًا في رَقبةِ ذلك الشيءِ فدَلَّ على صِحَّةِ الضَّمانِ في العينِ عندَ التصريحِ به بطَريقِ الأولى كا .

(٢) رواه أبو داود (٣/٢٩٦) كتاب البيوع ، باب في تضمين العَوَر ، حديث (٣٥٦٥) ، والترمذي (٣/٥٦٥) حديث (١٢٦٥) .

ثلاثةُ دَنانيرَ ، قال : صَلُّوا على صاحِبكُم ، قال أبو قَتادَةَ : صَلِّ عليه يا رَسولَ الله ، وعليَّ دَيْنُه فصَلَّى عليه» (١) وذكرت في شرحِ البهجةِ ما له بهذا الخبَرِ تعَلُّق (٢) .

(وفيه بابانِ الأوَّلُ) منهما (في أركانِه وهي خمسَة) :

٢٣٦/٢ **(الأوَّلُ : المضمونُ عنه)** / حُرًّا كان أو عبدًا موسِرًا أو مُعسِرًا **(ولا يُشترَطُ رِضاه)** لِجَوازِ التبرُّعِ بأداءِ دَيْنِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ومَعرِفته **(فيصِحُّ)** الضَّمانُ **(عن الميِّت)** وإنْ لم يخلِّف وفاءً لِخَبَرِ أبي قَتادَةَ السَّابقِ **(وكذا)** يصِحُّ **(عمَّن لم يعرِفه)** الضَّامِنُ ولو بعَيْنِه لِما مَرَّ .

(الرُّكْنُ الثاني : المضمونُ له) وهو مُستحِقُّ الدَّيْنِ **(ومَعرِفتُه)** بأنْ يعرِفَ الضَّامِنُ عَيْنَه (٣) **(شرطٌ)** لِتفاوُت الناسِ في استيفاءِ الدَّيْنِ تشديدًا وتسهيلا ، وأفتى

---

(١) رواه البخاري ، كتاب الحوالات ، باب إن أحال دين الميت على رجل : جاز ، حديث (٢٢٩١) بإسناده عن سلمة بن الأكوع مرفوعًا . ولم يروه مسلم عن سلمة بن الأكوع ، وإنما رواه عن أبي هريرة بدون هذه القصة ، بلفظ «أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدَّين ، فيسأل ، هل تَرَك لدينه مِن قضاء ؟ فإنْ حُدِّث أنه ترك وفاءً صلى عليه ، وإلا قال : صَلوا على صاحبكم ، فلما فتح الله عليه الفتوح ، قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دَين ، فعليَّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً فهو لورثته»٠

(٢) (قوله : وذكرت في شرحِ البهجةِ ما له بهذا الخبَرِ تعَلُّق) عِبارَتُه امتناعُه من الصَّلاةِ عليه ؛ لأنَّ صَلاته شَفاعَةٌ وشَفاعَتُه مَقبولَةٌ ، ونفسُ المؤْمِنِ مُتعلِّقَةٌ بدَيْنِه حتى يُقضَى عنه قال جابرٌ في رِوايته : كان ذلك في ابتداءِ الإسلام ، وفي قِلَّةٍ فلَمَّا فتحَ اللهُ الفُتوحَ «قال ﷺ أنا أولى بالمؤْمِنينَ من أنفُسِهم مَن خَلَّف مالا فلِورَثَته ، ومَن خَلَّف كلاًّ أو دَيْنًا فكُلُّه إليَّ ودَيْنُه عليَّ فقِيلَ يا رَسولَ الله وعلى كُلِّ إمامٍ بعدَك قال : وعلى كُلِّ إمامٍ بعدي» رواه الطَّبَرانيُّ وقَضيَّتُه وُجوبُ قَضاءِ دَيْنِ الميِّت المُعسِرِ على كُلِّ إمامٍ ، والصَّحيحُ عندَ أئِمَّتنا أنَّ ذلك من خَصائِصِه ﷺ كَعِدَّاته بدَليلِ قَضائِها بعدَ وفاته فيُحمَلُ الخَبَرُ بتقديرِ صِحَّته على تأكُّدِ نَدب ذلك في حَقِّ غيرِه . ش .

(٣) (قوله : بأنْ يعرِف الضَّامِنُ عَيْنَه) وجه الاكتفاءِ بمَعرِفةِ عَيْنِه أنَّ الظَّاهِرَ عِنوانُ الباطِنِ فيظُنُّه بها إنْ طَلَبَه لِلدَّيْنِ على وجه السُّهولَةِ فيضمَنُ أو على وجه الشِّدَّةِ فلا يضمَنُ وكَتبَ أيضًا أفلا تكفِي مَعرِفتُه نَسَبَه ، وبهذا قَطَعَ في البسيطِ والبيانِ والماورديّ والمُعينِ وادَّعَى جَمالُ الدِّينِ في شرحِه أنَّه المفهومُ من كلامِ الأصحاب ، وقِيلَ : مَعرفةُ مُعامَلَته ، وبه قَطَعَ المحامِليُّ وعَلِيُّ بنُ قاسِمِ الحكميُّ وأحْمَدُ بنُ عُجَيْلٍ وإسماعيلُ الحضرَميُّ قال الرِّيميُّ وهو الرَّاجِحُ عندي ؛ إذ لا فائِدَةَ في مُشاهَدَةِ مَن لا يعرِفُ مُعامَلَته ، وقولُه : وبهذا قَطَعَ في البسيطِ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

ابنُ الصَّلاحِ وغيرُه بأنَّ مَعرفةَ وكيلِ المضمونِ له كمَعرفته[1]، وابنُ عبدِ السَّلامِ وغيرُه بخلافِه (لا رِضاه) لأنَّ الضَّمانَ مَحضُ الالتزامِ [2] ، لم يوضع على قَواعِدِ المُعاقَدات (ولو ضَمِنَ أو قَضَى) شَخصٌ (دَيْنَ رَجُلٍ) أي دَيْنًا على رَجُلٍ (بإذْنِه لا بغيرِه) أي بغيرِ إذْنِه (لَزِمَ الغريمَ) وهو رَبُّ الدَّيْنِ (قبولُ المالِ) الذي يُؤَدِّيه له الشخصُ المذكورُ ، لأنَّ ما يُؤَدِّيه في حُكْمِ مِلكِ المضمونِ عنه بخلافِ ما إذا كان ذلك بغيرِ إذْنِه فللغريمِ أنْ يقبَلَ ، وأنْ يمتنِعَ ، وله في صورَةِ الضَّمانِ أنْ يُطالِبَ الشخصَ المذكورَ ، وأنْ يترُكَه .

(الرُّكْنُ الثالِثُ : الضَّامِنُ وشرطُه) ليصِحَّ ضَمانُه (صِحَّةُ العِبارَةِ وأهليَّةُ التبرُّعِ) منه والقيدُ الثاني يُغني عن الأوَّلِ ، فلا يصِحُّ ضَمانُ غيرِ المكلَّفِ إلا السَّكْرانَ كما سَيأتي ، ولا ضَمانُ المكْرَه ، ولو رَقِيقًا بإكْراه سَيِّدٍ ، ولا ضَمانُ المحْجورِ عليه بسَفهٍ [3] ولو بإذنِ الوليِّ كما سَيأتي ، وإذا شَرَطَ ذلك (فيصِحُّ) الضَّمانُ مِمَّنِ اتَّصَف به (ولو بإشارَةِ الأخرَسِ المُفهِمَةِ وكِتابَته عندَ القرينَةِ المشعِرَةِ) بالضَّمانِ وإنْ أحسَنَ الإشارَةَ بخلافِ ما إذا لم تكُنْ له إشارَةٌ مُفهِمَةٌ ، ولا كِتابةٌ تُشعِرُ بالمرادِ كَسائِرِ تصرُّفاته ، ثم إنِ اختصَّ بفهْمِ إشارَته فطِنونَ فهي كِنايةٌ ، وإلا فصَريحةٌ ، كما يُعلَمُ من كِتاب الطَّلاقِ (وكذا كِتابةُ ناطِقٍ نَوى) بها الضَّمانَ كَسائِرِ تصرُّفاته ، والتصريحُ بقولِه نَوى من زيادَته ، وقَضيَّةُ كلامِه كأصلِه [4] أنَّ كِتابةَ الناطِقِ كِنايةٌ ، وكِتابةُ الأخرَسِ بالقرينَةِ صَريحةٌ ، وهو ظاهِرٌ .

(فإنْ قال ضَمنت وأنا صَبيٌّ أو مَجنونٌ [5] صُدِّقَ بيمينِه ، إنْ أمكَنَ صِباه) في الأُولى [6] عندَ ضَمانِه (أو سَبَقَ له جنونٌ) في الثانيةِ ، وأمكَنَ عندَه بأنْ عُرِف

---

(١) (قوله : وأفتى ابنُ الصَّلاحِ وغيرُه بأنَّ مَعرفةَ وكيلِ المضمونِ له كمَعرفته) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وقال الأذرَعيُّ : الظَّاهرُ المُختارُ الصِّحَّةُ وأحكامُ العقدِ تتعَلَّقُ بالوكيلِ ا هـ وبها أفتيت ويُؤَيِّدُه أنَّا إذا قُلنا باشتراطِ رِضا المضمونِ له قال الماورديُّ : يكفي رِضا وكيلِه .

(٢) (قوله : لا رِضاه ، لأنَّ الضَّمانَ مَحْضُ الالتزامِ إلخ) فيصِحُّ مع سُكوته ويرتدُّ إنْ رَدَّه.

(٣) (قوله : ولا ضَمانُ المحجورِ عليه بسَفهٍ) ولو بإذْنِ الوليِّ ، لأنَّه إيجابٌ ماليٌّ بعَقدٍ فأشبَهَ البيعَ .

(٤) (قوله : وقَضيَّةُ كلامِه كأصلِه أنَّ كِتابةَ الناطِقِ كِنايةٌ إلخ) ليس ذلك قَضيَّةَ كلامِ أصلِه ، ولا كلامِه ، إذْ مَعنَى قولِه عندَ القرينَةِ المُشعِرَةِ أنْ يكْتُبَ أنَّه نَوى بها لِضَمانٍ فالكِتابةُ كِنايةٌ ، ولو من الأخرَسِ كما صَرَّحَ به كأصلِه في كِتاب الطَّلاقِ .

(٥) (قوله : أو مَجنون) أي أو مُبَرسَم .

(٦) (قوله : إنْ أمكَنَ صِباه في الأُولَى) هذا إذا كان بُلوغُه بالاحتلامِ ، فإنْ كان بالسِّنِّ ....=

منه ذلك أو أقامَ به بيِّنَةً ، وإلا صُدِّقَ المضمونُ له بيمينِه ، وفارَقَ ما إذا زَوَّجَ أمَته ثم ادَّعَى ذلك حيثُ صَدَّقَ الزَّوجَ كما دَلَّ عليه كلامُ الرَّافِعِيِّ قُبَيْلَ الصَّداقِ [١] بأنَّ الأنكِحةَ [٢] يُحتاطُ فيها غالِبًا ، والظَّاهِرُ أنَّها تقَعُ بشُروطِها **(ويصِحُّ ضَمانُ سكْرانَ مُحَرَّمٍ)** كَسائِرِ تصرُّفاته **(لا مُباحٍ)** كالمجنونِ **(ولا يصِحُّ)** الضَّمانُ **(من مَحْجورٍ عليه** [٣] **بسَفهٍ وإنْ أذِنَ له)** لأنَّه تبَرُّعٌ ، وتبَرُّعه لا يصِحُّ بإذْنِ الوليِّ **(ويصِحُّ ضَمانُ المفْلِسِ في الذِّمَّةِ)** [٤] كَشِرائِه فيها ، ويُطالَبُ بما ضَمِنَه بعدَ فكِّ الحجْرِ **(والمريضُ إنْ ضَمِنَ)** شَخصًا **(بلا إذْنٍ)** منه **(فمِن الثُّلُثِ)** مُعتبَرٌ ؛ لأنَّ الضَّمانَ تبَرُّعٌ كما مَرَّ **(أو بإذْنٍ)** منه ، ووجَدَ الضَّامِنُ مَرجِعًا **(فمِن رَأْسِ المالِ)** مُعتبَرٌ **(لا يرجِعُ به)** أي لا يرجِعُ وارِثُه بشيءٍ منه ، والموافِقُ لأصلِه أنْ يُقالَ : «لأنَّه يرجِعُ به» أي : لأنَّ الضَّامِنَ يرجِعُ بما أدَّى ، ولَعَلَّه سَقَطَ منه النُّونُ والهاءُ مع أنَّه لو تركَ مَسألَةَ المريضِ كان أولى [٥] ؛ لأنَّه سَيذْكُرُها مع ما لها به تعَلُّقٌ . **(فرعٌ : لو ضَمِنَ العبدُ)**
٢٣٧/٢ ولو مَأذونًا له في التِّجارَةِ **(بلا إذْنٍ)** من سَيِّدِه **(لَم يصِحَّ)** ضَمانُه ؛ / لأنَّه إثباتُ مالٍ في الذِّمَّةِ بعَقدٍ فأشبَهَ النِّكاحَ ، وفارَقَ صِحَّةَ خُلعِ الأمَةِ بغيرِ إذْنِه بأنَّه لا حاجةَ إلى الضَّمانِ ، والأمَةُ قد تحتاجُ إلى الخُلعِ لِسوءِ العِشرَةِ **(أو بإذْنٍ)** منه **(صحَّ حتى عن السَّيِّدِ)** لأنَّ المنعَ إنَّما كان لِحَقِّه ، وقد زالَ بالإذْنِ ، قال الإسنَوِيُّ وهل تُشترَطُ

= رَجَعَ إلى تاريخ الوِلادَةِ فإنْ وقَعَ فيه نِزاعٌ فالقولُ قولُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه قاله في التتمَّةِ .

(١) (قوله : كما دَلَّ عليه كلامُ الرَّافِعِيِّ قُبَيْلَ الصَّداقِ) وجَزَمَ به المُصَنِّفُ ثَمَّ .

(٢) (قوله : بأنَّ الأنكِحةَ) أي ونحوها من المُعاوضات ، وسَكَتوا عمَّا لو ادَّعَى أنَّه كان مَحجورًا عليه بالسَّفه فيُحتمَلُ إلحاقُه بدَعوى الصِّبا ، ويُحتمَلُ أنْ يُقال : إقدامُه على الضَّمانِ مُتضَمِّنٌ لِدَعواه الرُّشدَ فلا يُصَدَّقُ في دَعواه أنَّه كان سَفيهًا بخلافِ الصِّبا ، وقولُه : فيُحتمَلُ إلحاقُه بدَعوى الصِّبا أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : ولا يصِحُّ من مَحجورٍ عليه بسَفهٍ إلخ) خرَجَ به مَن سَفُهَ بعدَ رُشدِه فإنَّ تصَرُّفه صحيحٌ .

(٤) (قوله : ويصِحُّ ضَمانُ المفْلِسِ في الذِّمَّةِ) ؛ لأنَّ الحجْرَ عليه لِحَقِّ الغُرَماءِ ، ولا ضَرَرَ عليهم فيه .

(٥) (قوله : مع أنَّه لو تركَ مَسألَةَ المريضِ كان أولى) هي مَتروكَةٌ في نُسَخٍ مُعتمَدَةٍ .

مَعرفةُ السَّيِّدِ قدرَ الدَّينِ ؛ فيه نَظَرٌ ، والمُتَّجه اشتراطُه [١] بناءً على تعَلُّقِه بمالِ السَّيِّدِ لا بذمَّةِ العبدِ **(لا له)** أي : لِسَيِّدِه . أي لا يصِحُّ ضَمانُه له ؛ لأنَّه يُؤَدِّي من كَسبه ، وهو لِسَيِّدِه فهو كما لو ضَمِنَ المُستحِقُّ لِنفسِه ، وقَضيَّةُ التعليلِ ، وكلامُه الآتي في صِحَّةِ ضَمانِ المكاتب لِسَيِّدِه ، وهو الظَّاهرُ [٢] .

(فإنْ عَيَّنَ السَّيِّدُ لِلأداءِ جِهَةً) كَكَسب العبدِ أو ما في يدِه لِلتِّجارَةِ [٣] **(تعَيَّنَتْ)** لِلأداءِ لِرِضا السَّيِّدِ بها **(وإلا تعَلَّقَ)** غُرمُ الضَّمانِ **(بحادِثِ كَسبه)** أي بكَسبه الحادِثِ بعدَ الإذنِ له [٤] إنْ لم يكُن مَأذونًا له في التِّجارَةِ ، وبه **(مع مالِ تجارَةٍ في يدِه وربحِها)** إنْ كان مَأذونًا له فيها كما في المهرِ ، فإنْ قُلت : لِمَ اعتبَروا في الكَسب هنا حُدوثَه بعدَ الإذنِ ، وثَمَّ حُدوثَه بعدَ النِّكاحِ ، قُلت لأنَّ الدَّينَ المضمونَ كان موجودًا حالَ الضَّمانِ [٥] ، فعُلِّقَ بما بعدَ الإذنِ بخلافِ المهرِ وسائرِ مُؤَنِ النِّكاحِ ، وكلامُ الأصلِ : يدُلُّ على أنَّ تعيينَ جِهَةِ الأداءِ إنَّما يُؤَثِّرُ إذا اتَّصَلَ بالإذنِ ، وهو ظاهرٌ كذا قاله الإسنَوِيُّ .

(فلو كان) العبدُ المأذونُ له في التِّجارَةِ **(مَديونًا فبالفاضِلِ عن)** حُقوقِ **(الغُرَماءِ)** يتعَلَّقُ ذلك رِعايةً لِلجانِبَينِ **(وأُمُّ الولَدِ)** والمُدَبَّرُ والمُعَلَّقُ عِتقُه بصِفةٍ **(والمبَعَّضُ كالقِنِّ)** فيما ذُكِرَ ، ومَحَلُّه المبَعَّضُ إذا لم يجْرِ بينه وبين سَيِّدِه مُهايأةٌ أو

---

(١) (قوله : والمُتَّجه اشتراطُه) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال الأذرَعِيُّ وغيرُه : لا بُدَّ أنْ يعلَمَ السَّيِّدُ بقدرِ المالِ الذي أذنَ في ضَمانِه ، وأشارَ إلى تصحيحِه أيضًا .

(٢) (قوله : وهو الظَّاهرُ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه ويُحتمَلُ خلافُه لاحتمالِ أنْ يُعجِزَ نفسَه .

(٣) (قوله : أو ما في يدِه لِلتِّجارَةِ) إذا عَيَّنَ لِلأداءِ مالَ التِّجارَةِ فلَم يكُن وافيًا بالدَّينِ تعَلَّقَ الباقِي بالمُستقبَلِ من كَسبه كذا نَقَله ابنُ الرِّفعَةِ عن الماورديِّ وأقرَّه قال السُّبكِيُّ وغيرُه : والمفهومُ من إطْلاقِ الأصحاب أنَّه يُقتصَرُ على ما عَيَّنَه ويُتْبَعُ بالباقِي إذا عَتَقَ ، لأنَّ التعيينَ يُقصِّرُ الطَّمع على ما عُيِّنَ ، ولَم يتعَرَّض الشيخانِ لِلمَسألَةِ ، وقولُه : والمفهومُ من إطْلاقِ الأصحاب إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : أي بكَسبه الحادِثِ بعدَ الإذنِ له) سَواءٌ أكان الكَسبُ مُعتادًا أَمْ نادِرًا .

(٥) (قوله: قُلت لأنَّ الدَّينَ المضمونَ كان موجودًا حالَ الضَّمانِ إلخ) وأيضًا الضَّمانُ غَرامَةٌ مَحْضَةٌ بخلافِ النِّكاحِ فهو قَريبٌ من المُعامَلات د وخَرَّجَ بقولِ المُصَنِّفِ كأصلِه مالُ تجارَةٍ في يدِه ، وربحُها كَسبُ يدِه باحتطابٍ ونحوِه ، وقد صَرَّحَ في المطلَب بعَدَمِ دُخولِه كذا قِيلَ ، ويرُدُّه قولُ المُصَنِّفِ : وإلا تعَلَّقَ بحادِثِ كَسبه .

جرَتْ ، وضَمِنَ في نوبةِ سَيِّدِه (فإنْ جرَتْ مُهايأَةٌ صحَّ) الضَّمانُ (في نوبةِ المُبَعَّضِ) ولو بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه (ويصِحُّ ضَمانُ المكاتب بالإذْنِ) من سَيِّدِه (فقطْ) أي لا بغيرِ إذْنِه كما في سائِرِ تبرُّعاته ، وأمَّا العبدُ الموقوفُ فقال في المطْلَب: ينْبَغي أنْ يُجْزَمَ بعَدَم صِحَّةِ ضمانِه(١) إذا قُلنا بالمشهورِ : إنَّه لا يصِحُّ عِتْقُه ؛ لِعَدَمِ فائِدَته ، قال : والظَّاهرُ أنَّ الموصَى برَقبَته دونَ مَنفعَته أو بالعكْسِ كالقِنِّ ؛ لكن هل المُعتبَرُ إذْنُ مالِكِ الرَّقبةِ أو المنفعَةِ ، يُشبه أنْ يكونَ فيه خلافٌ ، يُلتفتُ إلى أنَّ ضَمانَ القِنِّ يتعَلَّقُ برَقبَته أو بذمَّته أو بكَسبه قال الأذْرَعِيُّ : وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّه إذا أوصَى بمَنفعَته أبَدًا ، فلا سَبيلَ إلى التعَلُّقِ بكَسبه بإذْنِ مالِكِ الرَّقبةِ بمُفْرَدِه ، فإمَّا أنْ يُعتبَرَ إذْنُهما جَميعًا أو لا يصِحُّ . انتهى .والأوجَه اعتبارُ إذْنِ الموصَى له بالمنفعَةِ بناءً على الشِّقِّ الأخيرِ من كلامِ المطْلَب (٢) .

(و) يصِحُّ ضَمانُ (المرأةِ بغيرِ إذْنِ الزَّوجِ) كَسائِرِ تصرُّفاتها (فرعٌ لو أدَّى) العبدُ الضَّامِنُ (ما ضَمِنَه عن الأجنَبيِّ بالإذْنِ) منه ومن سَيِّدِه (بعدَ العِتْقِ فحَقُّ الرُّجوعِ له) أو قبلَ عِتقِه فحَقُّ الرُّجوعِ لِسَيِّدِه (أو) أدَّى ما ضَمِنَه (عن السَّيِّدِ فلا رُجوعَ) له . وإنْ أدَّاه بعدَ عِتقِه بناءً على الأصَحِّ من أنَّه لو أجَّرَه ثم أعتقَه في المُدَّةِ لا يرجِعُ بأُجْرَةِ مِثلِه لِما بَقِي ، والتصريحُ بالترجيحِ فيما إذا أدَّاه بعدَ عِتقِه من زيادَته وفارَقَتْ هذه ما قبلها بأنَّ مَنفعَةَ العبدِ فيها وقَعَتْ لِلسَّيِّدِ فكأنَّه استوفاها حالَ رِقِّه ، كمَسألَةِ الإجارَةِ بخلافِها في تلك ، فإنَّها وقَعَتْ لِلأجنَبيِّ ، فكان الرُّجوعُ عليه (ويضمَنُ) جَوازًا السَّيِّدُ (عن عبدِه) دَينًا (٣) ثبَت عليه بمُعامَلَةٍ كالأجنَبيِّ (لا له) أي : لِعبدِه ، أي : لا يصِحُّ ضَمانُ سَيِّدِه له (إلا إنْ كان مَأذونًا) له في مُعامَلَةٍ ، وثبَت عليه بها دَيْنٌ فيصِحُّ كالأجنَبيِّ ، وقيلَ : لا يصِحُّ ، والترجيحُ من زيادَته ، وكلامُ الماورديِّ يُشيرُ إليه ، وفي نُسخَةٍ «إلا إن كان عليه دَيْنُ تجارَةٍ فيصِحُّ» وفي

---

(١) (قوله : وأمَّا العبدُ الموقوفُ فقال في المطْلَب : ينْبَغي أنْ يُجْزَمَ بعَدَمِ صِحَّةِ ضَمانِه) أي بغيرِ إذْنِ أمَّا ضَمانُه بإذْنِ مالِكِ مَنفعَته فصحيحٌ .

(٢) (قوله : بناءً على الشِّقِّ الأخيرِ من كلامِ المطْلَب) المُعتبَرُ إذْنُهما مَعًا وهو الشِّقُّ الأوَّلُ من كلامِ الأذْرَعِيِّ ؛ إذ التعَلُّقُ بكَسبه شامِلٌ لِلمُعتادِ منه والنادِرِ فإنْ أذنَ فيه مالِكُ الرَّقبةِ فقَطْ صحَّ ، وتعَلَّقَ بكَسبه النادِرِ أو مَلَكَ المنفعَةَ فقَطْ صحَّ وتعَلَّقَ بالمُعتادِ .

(٣) (قوله : ويضمَنُ السَّيِّدُ عن عبدِه دَينًا إلخ) ثم إنْ أدَّاه السَّيِّدُ عنه قبلَ عِتقِه لَم يرجِع به أو بعدَه فكذا في الأصَحِّ اعتبارًا بوقت الضَّمانِ .

تعبيرِه فيها كأصلِه بالتِّجارةِ قُصورٌ فالتعبيرُ بالمُعامَلَةِ كما عَبَّرت بها أولى ، والحاصِلُ : أنَّ ضَمانَه له يصِحُّ إذا كان عليه دَيْنُ مُعامَلَةٍ بإذنِ سَيِّدِه بخلافِ ما إذا لم يكُنْ عليه دَيْنٌ أو عليه دَيْنٌ بغيرِ مُعامَلَةٍ بإذنِ سَيِّدِه لِما فيه في الأُولى من توفيةِ ما على العبدِ بخلافِه في الأخيرتينِ فكأنَّه ضَمِنَ لِنفسِه ، ولهذا صَرَّحَ الماورديُّ بأنَّ العبدَ إذا وفَّى دَيْنَه في الأُولى بَرِئَ السَّيِّدُ من ضَمانِه لانتفاءِ فائِدَةِ بَقائِه .

(الرُّكنُ الرَّابعُ) : الحقُّ (المضمونُ) :

ويُشترَطُ) في صِحَّةِ ضَمانِه (كونُه ثابتا [١] لازِمًا معلومًا) مُعيَّنًا يصِحُّ التبرُّعُ به [٢] ، / كما سَيأتي بيانهما (فلا يصِحُّ ضَمانُ دَيْنٍ لم يجِب) كَدَيْنِ قَرضٍ أو بَيْعٍ سَيقَعُ [٣] (وكذا نَفقةُ ما بعدَ اليومِ لِلزَّوجةِ وخادِمِها) وإنْ جَرَى سَبَبُ وُجوبها لأنَّـه توثِقَةٌ ، فلا يتقدَّمُ ثُبوت الحقِّ كالشهادَةِ ، ويكفي ثُبوتُه باعترافِ الضَّامِنِ ، وإنْ لم يثْبُتْ على المضمونِ عنه ، لِما سَيأتي في الإقرارِ أنَّه لو قال شَخصٌ : لِزَيْدٍ على عَمرٍو ألفٌ ، وأنا ضامِنُه ، فأنكرَ عَمرٌو ، فلِزَيْدٍ مُطالَبةُ الضَّامِنِ . ٢٣٨/٢

(ويصِحُّ) الضَّمانُ (بنَفقةِ اليومِ ، وما قبلَه) لِوُجوبها ، فإنَّها تجِبُ بطُلوعِ الفجرِ سَواءٌ أكانت نَفقةُ الموسِرينَ أم المُعسِرينَ ، (لا بنفقةِ القريبِ مُطلَقًا) ، أي : سَواءٌ أكانت عن اليومِ أم غيرِه ، لأنَّ سَبيلها سَبيلُ البرِّ والصِّلَةِ ، ولهذا تسقُطُ بمُضيِّ الزَّمانِ وبضيافةِ الغيرِ ، والترجيحُ في ضَمانِ نَفقَةِ القريبِ عن اليومِ من زيادَته ، وفي كلامِ أصلِه إشارَةٌ [٤] ، وصرَّحَ بـه الأذرَعيُّ [٥] وقال : بل يجِبُ القطعُ به ، لأنَّها مجْهولَةٌ ، وفي نُسخَةٍ «لا نَفقَة القريبِ لِمُستقبَلٍ وليومِه وجهانِ» فعليها لا زيادَةَ .

---

(١) (قوله : ويُشترَطُ كونُه ثابتًا) لازِمًا معلومًا أي لِلضَّامِنِ دَيْنًا كان أو عَيْنًا .

(٢) (قوله : يصِحُّ التبرُّعُ به) هذا الشرطُ ضَرَرُه أكثرُ من نفعِه فإنَّه يردُ على طَردِه حَقُّ القسمِ لِلمَظْلومَةِ فإنَّه يصيرُ في ذمَّةِ الزَّوجِ ، ويصِحُّ التبرُّعُ به على غيرِه ، ولا يصِحُّ ضَمانُه لِلمَرأةِ ، وعلى عَكسِه دَيْنُ الزَّكاةِ فإنَّه يصِحُّ ضَمانُه مع أنَّه لا يصِحُّ التبرُّعُ به على غيرِه ، وكذلك الدَّيْنُ الذي تعَلَّقَ به حَقُّ اللهِ يصِحُّ ضَمانُه ، ولا يصِحُّ التبرُّعُ به على غيرِه وكذلك الدَّيْنُ الذي لِلمَريضِ المُعسِرِ أو الميِّت المُعسِرِ يصِحُّ ضَمانُه ولا يصِحُّ التبرُّعُ به ف س .

(٣) (قوله : كَدَيْنِ قَرضٍ أو بيعٍ سَيقَعُ) ونُجومُ كِتابةٍ ودَيْنُه على مُكاتبه .

(٤) (قوله : وفي كلامِ الأصلِ إشارَةٌ إليه) ورَجَّحَه السُّبكيُّ .

(٥) (قوله : وبه صَرَّحَ الأذرَعيُّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(فصلٌ : يصِحُّ ضَمانُ العُهْدَةِ) (١) ويُسَمَّى ضَمانَ الدَّرَكِ ، وهو التبعَةُ أي المُطالَبةُ والمُؤَاخَذَةُ ، وإنْ لم يكُنْ بحَقٍّ ثابتٍ لِلحاجةِ إليه **(وهو ضَمانُ الثمَنِ لِلمُشتري إنْ خَرَجَ المبيعُ مَغصوبًا)** أي : مُستحَقًّا **(أو)** إنْ **(أُخذَ بشُفعَةٍ سابقَةٍ)** على البيعِ ببَيْعٍ آخَرَ (٢) وشَمِلَ قولُه : مَغصوبًا ما تبَيَّنَ أنَّه أُخذَ بشُفعَةٍ **(و)** يصِحُّ **(ضَمانُ نَقصِ الصَّنجةِ)** التي وُزِنَ بها الثمَنُ **(والرَّداءَةِ)** أي وضَمانُ رَداءَته **(لِلبائعِ)** ولا يختصُّ ضَمانُ العُهْدَةِ بالثمَنِ ، بل يجري في المبيعِ فيضمَنُه لِلبائعِ إنْ خَرَجَ الثمَنُ المُعَيَّنُ مُستحَقًّا ، أو أُخذَ ، ويضمَنُ لِلمُشتري رَداءَته ونَقصَ الصَّنجةِ التي يوزَنُ هو بها **(ولو اختلَفَ الضَّامِنُ والبائعُ في نَقصِها)** أي الصَّنجةِ **(صُدِّقَ الضَّامِنُ بيمينِه)** لأنَّ الأصلَ براءَةُ ذمَّته **(أو)** اختلَفَ **(البائعُ والمُشتري)** في نَقصِها **(صُدِّقَ البائعُ)** بيمينِه لأنَّ ذمَّةَ المُشتري كانتْ مَشغولَةً بخلافِ الضَّامِنِ فيما ذُكِرَ **(فلو حَلَفَ)** البائعُ **(طالَبَ)** بالنقصِ **(المُشتري لا الضَّامِنُ)** إلا إذا اعترَفَ أو قامَتْ بَيِّنَةٌ **(ولو ضَمِنَ عُهْدَةَ فسادِ البيعِ)** بغيرِ الاستحقاقِ **(أو)** عُهْدَةَ **(العيبِ أو التلَفِ قبلَ القبضِ)** لِلمَبيعِ **(صحَّ)** لِلحاجةِ إليه **(ولا يندرِجُ)** ذلك **(تحتَ ضَمانِ العُهْدَةِ)** بأنْ يقولَ : ضَمِنتُ لَكَ عُهْدَةَ ، أو دركَ الثمَنِ ، أو المبيعِ من غيرِ ذكرِ استحقاقٍ ، أو غيرِه مِمَّا ذُكِرَ ، لأنَّ المُتبادرَ منه إنَّما هو الرُّجوعُ بسَبَبِ الاستحقاقِ ، وسُمِّيَ ما ذُكِرَ ضَمانَ العُهْدَةِ ، لالتزامِ الضَّامِنِ ما في العُهْدَةِ ، وهي الصَّكُّ المكتوبُ فيه الثمَنُ والمُثَمَّنُ وضَمانُ الدَّرَكِ ، لالتزامِه الغُرمَ عندَ إدراكِ المُستحِقِّ عَيْنَ مالِه

(فُروعٌ) : أحدُها في كيفيَّةِ ضَمانِ العُهْدَةِ وكيفيَّتُه بالنِّسبةِ لِلثَّمَنِ **(أنْ يقولَ لِلمُشتري ضَمِنتُ لَكَ عُهْدَةَ الثمَنِ أو دركَه)** بفتحِ الرَّاءِ وسُكونِها **(أو خَلاصَك منه**

---

(١) (قولُه : يصِحُّ ضَمانُ العُهْدَةِ إلخ) قال في المطْلَب : والمضمونُ في هذا الفصلِ ليس هو رَدَّ العيْنِ ، وإلا لَكان يلزَمُ أنْ لا تجِبَ قِيمَتُه عندَ التلَفِ بل المضمونُ إنَّما هو ماليَّتُه عندَ تعَذُّرِ رَدِّه حتى لو بانَ الاستحقاقُ والثمَنُ في يدِ البائعِ لا يُطالَبُ الضَّامِنُ بقيمَتِه قال : وهذا لا شَكَّ فيه عندي ، وإنْ لَمْ أرَه مَنقولا .

(٢) (قولُه : ببَيْعٍ آخَرَ) قال البُلقينيُّ : أُحتُرِزَ بقولِه : ببَيْعٍ سابقٍ عَمَّا لو ثَبَتتْ فيه الشُّفعَةُ بسَبَبِ ذلك البيعِ نفسِه فإنَّه لا رُجوعَ له على الضَّامِنِ ولو ظَهَرَ مَرهونًا مَقبوضًا فهل هو عندَ الإطْلاقِ من فُروعِ الوجهَيْنِ أو يُقطَعُ بأنَّ الضَّامِنَ غارِمٌ ، لأنَّه لا يُمكِنُ حَبسُ المبيعِ ليستردَّ الثمَنَ ، ويكونَ كالشُّفعَةِ بالبيعِ السَّابقِ لَمْ أقِفْ على نَقلٍ في المسألَةِ ، والأقربُ عندي أنَّه يكونُ غارِمًا ، وفي المطْلَب ما يُشعِرُ بأنَّه من فُروعِ الوجهَيْنِ وهو عندي غيرُ مُسَلَّمٍ .

فإنْ قال) ضَمنت لَك (خَلاصَ المبيع (١) لم يصِحَّ) لأنَّه لا يستقِلُّ بتخليصِه إذا استُحِقَّ (وإنْ شَرَطَ في البيعِ كَفيلا بخَلاصِ المبيعِ بَطَلَ) البيعُ ، لِفسادِ الشرطِ بخلافِ ما لو شَرَطَ كَفيلا بالثمَنِ كما مَرَّ (وإنْ ضَمِنَ العُهْدَةَ) أي : عُهْدَةِ الثمَنِ (وخَلاصَ المبيعِ مَعًا صحَّ ضَمانُ العُهْدَةِ لا) ضَمانُ (خَلاصِ المبيعِ) تفريقًا لِلصَّفقَةِ (ولو خَصَّ ضَمانَ العُهْدَةِ بنوعٍ كَخُروجِ المبيعِ مُستحَقًّا ، فلا يُطالَبُ بجِهَةٍ أُخرَى ، وإنْ عَيَّنَ) جِهَةَ (غيرَ) جِهَةِ (الاستحقاقِ لم يُطالَب عندَ) ظُهورِ (الاستحقاقِ) لا حاجةَ لِقولِه : وإنْ عَيَّنَ إلى آخرِه لِدُخولِه فيما قبله (٢) .

(الفرعُ الثاني : يُشترَطُ أنْ يضمَنَ من بعدِ تسليمِ الثمَنِ) (٣) الذي يُرادُ ضَمانُه ، وإلا فلا يصِحُّ ضَمانُه ، لأنَّه إنَّما يضمَنُ ما دَخَلَ في ضَمانِ المضمونِ عنه ، ولَزِمَه رَدُّه بتقديرِ ما ذُكِرَ (و) بعدَ (العِلمِ) أي : عِلمِه (به) وإلا فلا يصِحُّ ضَمانُه ، كما لو لم يكُن قدرُه في المُرابحَةِ مَعلومًا .

(الفرعُ الثالِثُ : يصِحُّ ضَمانُ عُهْدَةِ المُسلَمِ فيه) لِلمُسلَمِ إليه (بعدَ الأداءِ) أي أدائِه لِلمُسلَمِ (إنِ استحَقَّ رَأسَ المالِ) المُعَيَّنِ فلا يصِحُّ قبلَ الأداءِ لِما مَرَّ (لا عَكْسُه) أي لا يصِحُّ ضَمانُ رَأسِ المالِ لِلمُسلَمِ إنِ استحَقَّ / المُسلَمَ فيه ، لأنَّ المُسلَمَ ٢٣٩/٢
فيه في الذِّمَّةِ ، والاستحقاقُ لا يُتصَوَّرُ فيه ، وإنَّما يُتصَوَّرُ في المقبوضِ (ولو بانَ) في صورَةِ ضَمانِ عُهْدَةِ الثمَنِ لِلمُشتري (فسادُ العقدِ بشرطٍ أو غيرِه) غيرِ الاستحقاقِ (أو فُسِخَ) العقدُ (بعَيبٍ أو وجَبَ به أرشٌ) لِحُدوثِ ما يمنَعُ الرَّدَّ به كَحُدوثِ

---

(١) (قوله : بخَلاصِ المبيعِ) أي أو الثمَنِ المُعَيَّنِ .

(٢) (قوله : لا حاجةَ لِقولِه : وإنْ عَيَّنَ إلى آخرِه لِدُخولِه فيما قبله) ليس كذلك لِشُمولِه ما لَم يتناوله ضَمانُ العُهْدَةِ كما لو ضَمِنَ فسادَ البيعِ بغيرِ الاستحقاقِ أو عُهْدَةِ العيبِ أو تلَفِ المبيعِ قبلَ قبضِه .

(٣) (قوله : الثاني : أنْ يضمَنَ بعدَ تسليمِ الثمَنِ) خَرَجَ بقولِه : بعدَ تسليمِ الثمَنِ ما لو ثَبَت دَينٌ على غائبٍ فباعَ الحاكِمُ عَقارَه من المُدَّعي بدينِه ، وضَمِنَ له الدَّرَكَ شَخصٌ إنْ خَرَجَ المبيعُ مُستحَقًّا ، فإنَّه لا يصِحُّ الضَّمانُ لِعَدَمِ القبضِ ، ونحوُه ما في فتاوى ابنِ الصَّلاحِ لو أَجَّرَ المديونُ وقفًا عليه بدَينِه ، وضَمِنَ ضَمانَ الدَّرَكِ ، ثم بانَ بُطلانُ الإجارَةِ لِمُخالَفتِها شرطَ الواقِفِ لا يلزَمُ الضَّمانَ شيءٌ من الأُجرَةِ لِبَقاءِ الدَّينِ الذي هو أُجرَةٌ بحالِه فلَم يُفوِّت عليه شيئًا وهو مَبنيٌّ على صِحَّةِ ضَمانِ الدَّرَكِ في الإجارَةِ وهو ما رَجَّحَه ابنُ الرِّفعَةِ والقَموليُّ والسُّبكيُّ .

(فرعٌ) : لو قال لِلبائعِ : لا أعرِفُك فائتني بمَن يعرِفُك فقال رَجُلٌ : أنا أعرِفُه ثم خَرَجَ المبيعُ مُستحَقًّا فليس لِلمُشتري مُطالَبةُ الرَّجُلِ .

عَيبٍ عندَه (أو انفسَخَ البيعُ قبلَ القبضِ) بتلَفِ المبيعِ أو نحوِه (لَمْ يُطالَب) بالثمَنِ أو الأرشِ (ضامِنُ العُهْدَةِ) بل البائعُ وحدَه ؛ لأنَّ المتبادرَ من ضَمانِها إنَّما هو الرُّجوعُ على الضَّامِنِ ؛ بسَبَبِ الاستحقاقِ كما مَرَّ ، وقَيَّدَ الأخيرَةَ بقبلِ القبضِ ؛ لأنَّه محَلُّ الخلافِ ، وإلا فبعدَ القبضِ كذلك كالفسخ بخيارِ شرطٍ ، أو مجْلِسٍ أو تقايُلٍ ، وعُلِمَ من كلامِه فيما مَرَّ أنَّه إذا خَرَجَ المبيعُ مُستحَقًّا ، يُطالَبُ الضَّامِنُ كالبائعِ ، وبه صَرَّحَ الأصلُ هنا ، والظَّاهرُ أنَّ خُروجَه مَرهونًا أو نحوه داخلٌ في خُروجِه مُستحَقًّا (وإنْ خَرَجَ بعضُ المبيعِ مُستحَقًّا ، طولِبَ الضَّامِنُ بقِسطِ المستحِقِّ) من الثمَنِ تفريقًا لِلصَّفقَةِ ، سَواءٌ أفسَخَ المُشتري البيعَ أم أجازَه .

(الفرعُ الرَّابعُ) لو (ضَمِنَ) في عَقدٍ واحدٍ (عُهْدَةَ) ثَمَنِ (الأرضِ وأرشَ نَقصِ ما يُغرَسُ ، ويُبنَى فيها ، إنْ قُلِعَ باستحقاقِها) فيما إذا اشتراها شَخصٌ وغَرَسَ فيها أو بَنَى ثم ظَهَرَتْ مُستحَقَّةً (لم يصِحَّ ضَمانُ الأرشِ) لِعَدَمِ وُجوبه عندَ ضَمانِه (وفي العُهْدَةِ قولا تفريقِ الصَّفقَةِ) والأصَحُّ : الصِّحَّةُ ، وقولُه : إنْ قَلَعَ باستحقاقِها تصويرٌ ؛ لِوُجوبِ الأرشِ ، ولو ضَمِنَ الأرشَ فقَطْ ، فإنْ كان قبلَ ظُهورِ الاستحقاقِ أو بعدَه وقبلَ القلعِ ، لم يصِحَّ وإنْ كان بعدَهما صحَّ ، إنْ عُلِمَ قدرُه ، صَرَّحَ بذلك الأصلِ ، وحَذَفه المُصَنِّفُ ؛ لِلعِلمِ به مِمَّا مَرَّ ومِمَّا يأتي (ولو شَرَطَ على البائعِ بهما) أي : بعُهْدَةِ الأرضِ والأرشِ فيما ذُكِرَ (كَفيلا في البيعِ ، فكَشرطِ رَهْنٍ فاسِدٍ في البيعِ) فيبطُلُ ، وقولُه : بهما مُتعَلِّقٌ بـكفيلا. ولو أخَّرَه عنه كأصلِه كان أولى .

(فصْلٌ : لا يصِحُّ ضَمانُ) الدَّينِ (غيرِ اللاَّزمِ) إذا لم يؤُلْ إلى اللُّزومِ ، كما يُعلَمُ مِمَّا يأتي (كَنُجومِ المكاتب) فلا يصِحُّ ضَمانُها ، كما لا يصِحُّ الرَّهْنُ بها بجامعِ ، أنَّ كُلًّا منهما لِلتَّوثُّقِ (ويصِحُّ) الضَّمانُ (عنه بغيرِها) لأجنَبيٍّ (لا لِلسَّيِّدِ) بناءً على أنَّ غيرَها يسقُطُ أيضًا عن المكاتب بعَجزِه ، وهو الأصحُّ (ويصِحُّ) الضَّمانُ (بالثمَنِ قبلَ قبضِ المبيعِ ، ولو في مُدَّةِ الخيارِ) لأنَّه بعدَها لازمٌ وقبلها آيِلٌ إلى اللُّزومِ بنفسِه عن قُربٍ ، فاحتيجَ فيه إلى التوثُّقِ ، وأشارَ الإمامُ إلى أنَّ تصحيحَ الضَّمانِ مُفرَّعٌ على أنَّ الخيارَ لا يمنعُ نَقلَ المِلكِ[1] في الثمَنِ إلى البائعِ ، أمَّا إذا مَنَعَه ، فهو ضَمانُ ما لم يجِب ، وما أشارَ إليه هو المتَّجه ، حتى لو كان الخيارُ لهما ، أو لِلبائعِ وحدَه ،

---

(١) (قولُه وأشارَ الإمامُ إلى أنَّ تصحيحَ الضَّمانِ مُفرَّعٌ على أنَّ الخيارَ لا يمنَعُ نَقلَ المِلكِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

لم يصِحَّ الضَّمانُ (١) (و) يصِحُّ (بالصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ) لِلُزومِه ، وإنْ لم يكُنْ مُستقِرًّا ، ولا نَظَرَ فيه ، وفيما ضَمِنَ في زَمَنِ الخيارِ إلى احتمالِ سُقوطِهما ، كما لا نَظَرَ إلى احتمالِ سُقوطِ اللأَّزِمِ والمُستقِرِّ بالإبراءِ والرَّدِّ بالعيْب ونحوِهما (لا) ضَمانُ (مالِ الجعالَةِ) فلا يصِحُّ (ولو شَرَعَ) في العمَلِ كالرَّهنِ به (، وضَمانُ المنفعَةِ) الثابتةِ (في الذِّمَّةِ كالمالِ) فيصِحُّ ضَمانُها .

(فصلٌ : لا يصِحُّ ضَمانُ المجهولِ) ولا غيرُ المُعيَّنِ ، كأحدِ الدَّينَيْنِ ، ولا ما لا يُتبرَّعُ به كَقِصاصٍ وشُفعَةٍ وحَدِّ قَذفٍ ؛ لأنَّه إثباتُ مالٍ في الذِّمَّةِ بعَقدٍ كالبيعِ ، وبه مع ما مَرَّ أيضًا يُعلَمُ أنَّه يُشترَطُ العِلمُ بالجِنْسِ والقدرِ والصِّفةِ (٢) (ولا) يصِحُّ (الإبراءُ عنه) أي عن المجهولِ (لأنَّه تمليكٌ) لِلمَدينِ ما في ذمَّته (لا إسقاطٌ) كالإعتاقِ (فيُشترَطُ عِلمُهما) أي : المُبرِئِ والمُبرَأِ (بالدَّينِ) كما في عاقِدَي الهبةِ وهذا تبعَ فيه مُقتضَى كلامِ أصلِه هنا ؛ لكنَّه تبعَ مُقتضَى كلامِ أصلِه ، أو أخَّرَ الصَّداقَ ، وتصحيحُ الشرحِ الصَّغيرِ والرَّوضَةِ في الوكالَةِ ، أنَّه لا يُشترَطُ عِلمُ المُبرَأِ ، قال الزَّركَشيُّ وعليه نَصُّ الشافِعيِّ . انتهى ، وهو الأوجه (٣) ، كما لا يُشترَطُ قبولُه على الأصحِّ ؛ لأنَّ الإبراءَ ، وإنْ كان تمليكًا ، المقصودُ منه الإسقاطُ ، نَعَم إنْ كان الإبراءُ في مُقابَلَةِ طَلاقٍ اُعتُبرَ عِلمُ الزَّوجِ ؛ لأنَّه يئُولُ إلى مُعاوضَةٍ ، فيخُصُّ كلامَهم بما لا عِوضَ فيه ، قاله الزَّركَشيُّ (٤) على أنَّه في الرَّجْعَةِ من الرَّوضَةِ ، قال المُختارُ : إنَّ

---

(١) (قوله : حتى لو كان الخيارُ لهما أو لِلبائعِ وحْدَه لَم يصِحَّ الضَّمانُ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه وكلامُ المتولِّي المُخالِفُ له مَبنيٌّ على ضعيفٍ ، وهو أنَّ مِلكَ المبيعِ في زَمَنِ الخيارِ لِلمُشتري فالرَّاجِحُ كما قاله السُّبكيُّ وغيرُه كلامُ الإمامِ .

(٢) (قوله : وبه مع ما مَرَّ أيضًا يُعلَمُ أنَّه يُشترَطُ العِلمُ بالجِنْسِ والقدرِ والصِّفة) لو ضَمِنَ دَيْنًا ولَم يدرِ أنَّه حالٌّ أو مُؤَجَّلٌ فالمذهَبُ الجوازُ ويلزَمُه على صِفتيه من الحُلولِ أو التأجيلِ ، وقِيلَ : لا بُدَّ أنْ يعلَمَ أنَّه حالٌّ أو مُؤَجَّلٌ حَكاه الإمامُ والرُّويانيُّ وغيرُهما .

(فرعٌ) هل قولُه : أنت في حِلٍّ من كذا صَريحٌ في الإبراءِ أو كِنايةٌ فيه وجهانِ . اهـ . وأصحُّهما أوَّلُهما .

(٣) (قوله : وهو الأوجَه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : فيخُصُّ كلامَهم بما لا عِوضَ فيه قاله الزَّركَشيُّ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتَبَ عليه يُمكِنُ حَملُ كلامِ المُصَنِّفِ كأصلِه هنا عليه أو على ما إذا كان الإبراءُ في ضِمنِ عَقدٍ كَصُلحِ الحطيطَةِ فإنَّه يُشترَطُ فيه عِلمُ المُبرَأِ منه كما يُشترَطُ قبولُه ، وأشارَ الشافِعيُّ إلى ذلك بقولِه : لأنَّ اللَّفظَ بوضعِه يقتضيه أي لِقِيامِ صورَةِ العقدِ فإنَّه لا يتمُّ إلا بالإيجابِ والقبولِ وحينَئِذٍ ....=

كونَ الإبراءِ تمليكًا أو إسقاطًا من المسائِلِ التي لا يُطلَقُ فيها ترجيحٌ بل يختلِفُ الرَّاجِحُ بحَسَب المسائِلِ لِقوَّةِ الدَّليلِ وضعفِه[1] ، / وإذا أرادَ أنْ يُبرِئَ من مجهولٍ فطريقُه ٢/٢٤٠ أنْ يذكُرَ عَدَدًا يعلَمُ أنَّه لا يزيدُ الدَّينُ عليه ، فلو كان يعلَمُ أنَّه لا يزيدُ على مِائَةٍ مَثَلًا فيقولُ : أبرَأتُك من مِائَةٍ ، ولو قال : أبرَأتُك من الدَّعوى ، ولَم يبرأْ ، وله العودُ إليها ، ويكفي في الإبراءِ عِلمُ الموكِّلِ فلا يُشترَطُ عِلمُ الوكيلِ أيضًا كما سَيأتي في باب الوكالَةِ (وإنْ مَلَّكَه) أي : مَدينَه (ما في ذمَّته بَرِئَ) منه من غيرِ نيَّةٍ أو قرينَةٍ (ولو لم يقبل كالإبراء) واحتجَّ المتولِّي بذلك ، لكونِ الإبراءِ تمليكًا ، لأنَّه لو لم يكُنْ تمليكًا ، لافتقَرَ إلى نيَّةٍ ، أو قرينَةٍ ، كما إذا قال لِعبدِه : مَلَّكتُك رَقبَتَك ، أو لِزَوجَته : مَلَّكتُك نفسَكَ ، فإنَّه يحتاجُ إلى النِّيَّةِ ، وإذا لم يُعتبَر القبولُ في الإبراءِ ، لا يرتدُّ بالرَّدِّ على الأصحِّ في الرَّوضَةِ [2] (ولو أبرأ أحدَ خَصْمَيه) مُبهَمًا (لَم يصِحَّ أو) أبرأ وارثٌ (عن دَينِ مورِّثٍ) له (لَم يعلَم موته صحَّ) كما في البيعِ فيهما .

(فرعٌ) لو (استحلَّ منه من غيبةٍ) اغتابَها له و (لَم يُبَيِّنها) له (فأحلَّه) منها (فهل يبرأ) منها ، لأنَّه إسقاطٌ محضٌ كمَنْ قَطَعَ عُضوًا من عبدٍ ، ثم عَفا سَيِّدُه عن

= فيندَفِعُ التناقُضُ .

(١) (قوله : بل يختلِفُ الرَّاجِحُ بحَسَب المسائِلِ لِقوَّةِ الدَّليلِ وضعفِه) أي فإنَّهم مَنَعوا تعليقَه بالشرطِ وأبطَلوه من المجهولِ ، ومَنَعوا إبهامَ المحَلِّ فيما لو كان له على كُلٍّ منهما دَينٌ فقال : أبرأتُ أحدَكُما ، ولو كان إسقاطًا لَصحَّ ذلك كُلُّه ، ورَجَّحوا أنَّه لا يُشترَطُ فيه عِلمُ المديونِ به ، ولا قبولُه وأنَّه لا يرتدُّ برَدِّه ، ولو كان تمليكًا لَشُرِطَ ذلك كُلُّه ولِهذا توسَّطَ ابنُ السَّمعانيِّ فقال : إنَّه تمليكٌ في حَقِّ مَنْ له الدَّينُ إسقاطٌ في حَقِّ المديونِ وذلك لأنَّ الإبراءَ إنَّما يكونُ تمليكًا باعتبارِ أنَّ الدَّينَ مالٌ وهو إنَّما يكونُ مالا في حَقِّ مَنْ له الدَّينُ فإنَّ أحكامَ الماليَّةِ إنَّما تظهَرُ في حَقِّه اهـ وقال البُلقينيُّ : اشتراطُ عِلمِ المديونِ مُفرَّعٌ على اعتبارِ قبولِه أمَّا إذا قُلنا : إنَّه لا يُعتبَرُ قبولُه فلا يُعتبَرُ عِلمُه .

(٢) (قوله : وإذا لَم يُعتبَر القبولُ في الإبراءِ لا يرتدُّ بالرَّدِّ على الأصحِّ في الرَّوضَةِ) قال البُلقينيُّ : ما صحَّحَه يُشكِلُ بما ذكروه في الوقفِ وهو أنَّا إذا شَرَطْنا القبولَ في الوقفِ على الجِهَةِ المُعَيَّنَةِ أو لَم نَشرِطه فإنَّهم قالوا هناكَ : إذا رَدَّ يبطُلُ حَقُّه على كُلٍّ منهما وقد يُفرَّقُ بينهما بأنَّه في مَسألَةِ الإبراءِ يملِكُ الدَّينَ في ذمَّةِ مَنْ عليه ، ويملِكُ التصرُّفَ فيه على الوجه المُعتبَرِ وقد نَفَذَ الإبراءُ فلا يرتدُّ بالرَّدِّ لِحُصولِه في مِلكِ المديونِ قَهرًا ممَّن كان يملِكُه عليه بخلافِ الواقِفِ فإنَّه لَم يملِك التصرُّفَ فيما وقَفه على الموقوفِ عليهم فارتدَّ برَدِّهم ، وإنْ لَم يُعتبَر قبولُهم لَبُعْدَ أنْ يدخُلَ في مِلكِ الإنسانِ ما لَم يرضَ به قال شيخُنا : يُفرَّقُ بينهما أيضًا بأنَّ الإبراءَ إسقاطٌ ، والوقفُ تمليكٌ لِلرَّيعِ .

القِصاصِ وهو لا يعلَمُ عَينَ المقطوعِ ، فإنَّه يصِحُّ أوَّلا ، لأنَّ المقصودَ رِضاه ، ولا يُمكِنُ الرِّضا بالمجهولِ ، ويُفارِقُ القِصاصَ بأنَّ العفو عنه مَبنيٌّ على التغليب ، والسِّرايةِ بخلافِ إسقاطِ المظالمِ (وجهانِ) جَزَمَ النوويُّ في أذكارِه بالثاني [1] ، قال : لأنَّه قد يُسامحُ بشيءٍ دونَ شيءٍ ، وزَعم الأذرَعيُّ أنَّ الأصحَّ خلافُه أخذًا مِمَّا ذكرَه في باب الشهادات من أنَّ مُقتضَى كلامِ الحليميِّ وغيرِه الجزمُ به .

(**ويصِحُّ ضَمانُ الأرشِ**) بجنايةٍ أو غيرِها (**كالإبراءِ عنه ولو**) كان المضمونُ أو المُبرأُ عنه (**إبلا**) حتى إبلَ الدِّيةِ ، لأنَّها مَعلومَةُ السِّنِّ والعدَدِ ، ولأنَّه قد اغتُفِرَ جَهْلُ صِفتِها في إثباتِها في ذمَّةِ الجاني ، فيُغتفرُ في ضَمانِها والإبراءِ عنها تبَعًا له ، ويرجِعُ في صِفتِها إلى غالِب إبلِ البلَدِ ، وتعبيرُه بما قاله أولى من تعبيرِ أصلِه بأرشِ الجِنايةِ وبإبلِ الدِّيةِ (**ويرجِعُ**) ضامِنُها إنْ ضَمِنَها بالإذنِ ، وغرِمَها (**بمِثلِها لا القيمَةِ**) كما في القرضِ ، وقِيلَ : العكسُ ، والتصريحُ بالترجيحِ من زيادَته . (**ولا يصِحُّ ضَمانُ الدِّيةِ عن العاقِلَةِ قبلَ الحُلولِ**) ، لأنَّها غيرُ ثابتةٍ بعدُ ، ولو سُلِّمَ ثُبوتُها ، فليستْ لازِمَةً ، ولا آيِلَةً إلى اللُّزومِ عن قُربٍ بخلافِ الثمَنِ في مُدَّةِ الخيارِ (**ولو ضَمِنَ أو أبرَأ**) من الدَّينِ (**من درهَمٍ إلى عَشَرَةٍ ، أو ما بين درهَمٍ وعَشَرَةٍ صحَّ**) كُلٌّ من الضَّمانِ والإبراءِ لانتفاءِ الغرَرِ (**وتعَيَّنَ**) لِلضَّمانِ أو لِلإبراءِ (**ما يلزَمُ المقِرَّ**) بقولِه : لِزَيْدٍ عليَّ من درهَمٍ إلى عشَرَةٍ [2] ، أو ما بين درهَمٍ وعَشَرَةٍ ، فيتعَيَّنُ في الأُولى تسعَةٌ ، وفي الثانيةِ ثمانيةٌ ، كما يأتي إيضاحُه في الإقرارِ ، لكنَّه ذُكِرَ تبَعًا لأصلِه في الطَّلاقِ ، أنَّه لو قال : أنت طالِقٌ من واحدَةٍ إلى ثَلاثٍ وقَعَ ثَلاثٌ ، وقِياسُه تعَيُّنُ العشَرَةِ في الأُولى هنا ، وهو موافِقٌ لِما عليه الرَّافِعِيُّ هنا ، وعلى ما قاله المُصَنِّفُ تبَعًا لِلنَّوويِّ يُفرَّقُ بأنَّ الطَّلاقَ مَحصورٌ في عَدَدٍ فالظَّاهِرُ استيفاؤُه بخلافِ الدَّينِ الذي

---

(١) (قوله : جَزَمَ النوويُّ في أذكارِه بالثاني) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وجَزَمَ به صاحِبُ الأنوارِ وغيرُه ويُؤَيِّدُه قولُ الشافِعِيِّ : ولو أنَّه حَلَّله من كُلِّ شيءٍ وجَبَ له لَم يبرأ حتى يُبَيِّنَ فإنْ لَم يعرِفْ قدرَه حَلَّله من كذا إلى كذا ا هـ .

(٢) (قوله : ولو ضَمِنَ أو أبرأَ من درهَمٍ إلى عَشَرَةٍ إلخ) وكذا لو قال : أُعطوه منه واحدًا إلى عَشَرَةٍ ، وحَكَى الأُستاذُ أبو مَنصورٍ عن بعضِ الأصحاب أنَّه إن أرادَ الحِسابَ فلِلموصَى له خَمسَةٌ وخَمسونَ ، لأنَّه الحاصِلُ من جَمعِ واحدٍ إلى عَشَرَةٍ على توالي العدَدِ نَقَله الرَّافِعِيُّ وقال : لا شَكَّ أنَّ هذا مُطَّرِدٌ في الإقرارِ ، وهو مُتعَيِّنٌ ولا يكونُ وجهًا ثالِثًا فمَتى ثَبَت أنَّه أرادَه لَزِمَه الجُملَةُ قَطعًا .

يُضمَنُ ويُبرأُ منه (وإنْ قال جاهلا) : بقدرِ الدَّيْنِ (ضَمنت) لَك (دراهمَك) التي (عليه فهل يصِحُ) ضَمانُه (في ثَلاثٍ منها) لِدُخولِها في اللَّفظِ بكُلِّ حالٍ (وجهانِ) قال في الأصلِ : كما لو قال : أجَّرتُك كُلَّ شَهرٍ بدرهَمٍ ، هل يصِحُ في الشهرِ الأوَّلِ ، قال : ومِثلُه الإبراءُ قال الأذرَعيُّ : وقَضيَّةُ التشبيهِ المذكورِ تصحيحُ المنعِ [(١)] ؛ لكنَّ كلامَه في التفويضِ في الصَّداقِ يقتضي تصحيحَ الصِّحَّةِ [(٢)] ، فإنَّه أبطَلَ الإبراءَ في غيرِ المُتيقَّنِ ، وجَعلَ المُتيقَّنَ على وجهَيْنِ من تفريقِ الصَّفقَةِ ، هذا ، وقد قال الأذرَعيُّ في القولِ بالصِّحَّةِ وقفةٌ ؛ لأنَّ مَن يقولُ : أقلُّ الجمعِ اثنانِ ، يقولُ : المُتيقَّنُ ، درهَمانِ فعليه لا يلزَمُه إلا درهَمانِ ، ولا سيَّما إذا كان الضَّامِنُ مِمَّنْ يرى ذلك ، وما قاله يأتي مِثلُه في الإبراءِ .

(فرعٌ : لو ضَمِنَ عنه زَكاته صحَّ) كَدَيْنِ الآدميِّ (ويُعتبَرُ الإذنُ عندَ الأداءِ) كما لو أخرَجَ عنه غيرُه زَكاته بلا ضَمانٍ ، قال في المُهمَّات : وصورَةُ المسألَةِ في الضَّمانِ عن الحيِّ ، أمَّا الميِّتُ فيجوزُ أداءُ الزَّكوات والكفَّارات عنه على الأصحِّ المنصوصِ ، وإنِ انتفى الإذنُ ، كما ذكرَه الرَّافِعيُّ في كِتاب الوصيَّةِ ، ولا فرقَ فيما ذكرَه هناكَ بين أنْ يسبقَه ضَمانٌ أم لا ، قال : ثم إنْ كانت الزَّكاةُ في الذِّمَّةِ فواضِحٌ ، وإنْ كانتْ في
٢٤١/٢ العينِ ، فيظهَرُ صِحَّتُها أيضًا كما أطلَقوه ، / كالعينِ المغصوبةِ [(٣)] . انتهى . فيجِبُ تقييدُ العينِ هنا بما إذا تمكَّنَ من أدائِها ، ولَم يُؤَدِّها ، وفي مَعنَى الزَّكاةِ الكفَّارَةُ .

(فصْلٌ) في كَفالَةِ البدَنِ ، وتُسمَّى أيضًا كَفالَةَ الوجه (تصِحُّ الكَفالَةُ ببدَنِ مَنْ عليه مالٌ [(٤)] يصِحُّ ضَمانُه ، ولو جَهلَ) قدرَه ، أو كان زَكاةً ؛ لِلحاجةِ

---

(١) (قوله : وقَضيَّةُ التشبيهِ المذكورِ تصحيحُ المنعِ) ، لأنَّ المُرجَّحَ في الشهرِ الأوَّلِ أنَّه لا يصِحُّ .

(٢) (قوله : لكنَّ كلامَه في التفويضِ في الصَّداقِ يقتضي تصحيحَ الصِّحَّةِ) هو الرَّاجِحُ ، وبه جَزَمَ في الأنوارِ .

(٣) (قولُه كالعينِ المغصوبةِ) قال في التوسُّطِ : وفي تشبيه ضَمانِ عَيْنِ مالِ الزَّكاةِ بضَمانِ رَدِّ العينِ المغصوبةِ ونحوِها نظَرٌ ظاهرٌ بل هو غلَطٌ ، وقد ذكرَ في الرَّوضَةِ بعدَ هذا أنَّ العينَ إذا لَم تكُنْ مَضمونَةً على مَنْ هي في يدِه كالوديعَةِ لا يصِحُّ ضَمانُها قَطعًا . ا هـ . يُجابُ بأنَّ كلامَيْهما لَم يتوارَدا على مَحَلٍّ واحدٍ ؛ لأنَّ صورَةَ الأوَّلِ صُدورُ ضَمانِها بعدَ تمكُّنِه من إخراجِها ، وصورَةُ الثاني قبلَ تمكُّنِه منه .

(٤) (قوله : تصِحُّ الكَفالَةُ ببدَنِ مَنْ عليه مالٌ إلخ) قال في الخادِمِ : هذا التعبيرُ قاصِرٌ فإنَّه سَيأتي جَوازُ الكَفالَةِ بالحُقوقِ كالمرأةِ لِمَنْ يدَّعي زَوجيَّتها ، ولِهذا قال الماورديُّ : الشرطُ أنْ يكونَ على المكفولِ ببدَنِه حَقٌّ تستحِقُّ المُطالَبَةَ به سَواءٌ أكان ثابتًا في الظَّاهرِ أم لا وكَتَبَ ....=

إليها (١) ، واستُؤْنِسَ لها بقولِه تعالى : ﴿لَن أُرسِله معكُم حتى تُؤْتوني موثِقًا من الله لتأتُنَّني به﴾ [يوسف : ٦٦] وخَرَجَ بمَنْ عليه مالٌ ، يصِحُّ ضَمانُه التكَفُّلُ ببَدَنِ غيرِه كالتكَفُّلِ ببدَنِ مُكاتبٍ لِلنُّجوم (٢) ، وإنَّما لم يشترِط العِلمَ بقدرِ المالِ ؛ لأنَّه تكَفَّلَ بالبدَنِ لا بالمالِ ، وقولُه : كأصلِه «مَن عليه مالٌ يوهِمُ أنَّ الكَفالَةَ لا تصِحُّ ببَدَنِ مَنْ عندَه مالٌ لِغيرِه ، وليس مُرادًا بل تصِحُّ وإنْ كان المالُ أمانَةً كوديعَةٍ كما شَمِلَه قولُه : فيما يأتي : أو استحَقَّ إحضارَه وشَمِلَ كلامُه ما صَرَّحَ به أصلُه : من صِحَّةِ الكَفالَةِ ببَدَنِ المحْبوسِ والغائبِ ، وإنْ تعَذَّرَ تحْصيلُ الغرَضِ منهما حالا (أو) ببَدَنِ مَنْ عليه (عُقوبةٌ لآدَميٍّ) كَقِصاصٍ وحَدِّ قَذْفٍ (٣) ، لأنَّها حَقٌّ لازِمٌ كالمالِ ؛ ولأنَّ الحُضورَ مُستحَقٌّ عليه (لا) ببَدَنِ مَنْ عليه عُقوبةٌ (للهِ) تعالى لِبِناءِ حَقِّه - تعالى - على الدَّرءِ ، وتعبيرُه بالعُقوبةِ في حَقِّ الله تعالى أعَمُّ من تعبيرِ أصلِه فيه بالحدِّ لِشُمولِه التعزيرَ ، قال الأذْرَعي (٤) : ويُشبِه أن يكونَ مَحَلُّ المنعِ حيثُ لا يتحتمُ استيفاءُ العُقوبةِ فإنْ تحتمَ . وقُلنا : لا تسقُطُ بالتوبةِ فيُشبِه أنْ يحْكُمَ بالصِّحَّةِ (والضَّابِطُ) لِصِحَّةِ الكَفالَةِ (صِحَّتُها) أي : وُقوعِها (بالإذْنِ) من المكْفولِ مع مَعرِفةِ الكَفيلِ له ؛ إذْ ليس لأحدٍ إلزامُ غيرِه بالحُضورِ إلى الحاكِمِ بغيرِ إذْنِه ومَعرِفته بخلافِ الضَّمانِ ، لا يُشترَطُ فيه إذْنُ المضمونِ عنه ، ولا مَعرِفتُه ؛ لِجَوازِ

= أيضًا قال الماورديُّ : لا تصِحُّ ببَدَنِ مَنْ عليه حَقٌّ ماليٌّ للهِ تعالى كزَكاةٍ وكَفَّارَةٍ قال الأذْرَعيُّ : وفيه نَظَرٌ ، والظَّاهرُ صِحَّتُها إذا صحَّ ضَمانُ ذلك في الذِّمَّةِ . ا هـ . وسيأتي أنَّه إنَّما يصِحُّ ضَمانُ الزَّكاةِ بإذْنِ مَنْ هي عليه وإنَّما يصِحُّ الأداءُ بإذْنِه .

(١) (قوله : لِلحاجةِ إليها) ؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إلى مُعامَلَةِ الغريبِ ولا يوثَقُ بمِلكِه ويُخافُ عَدَمُ الظَّفرِ به ولو ظَهَرَ الاستحقاقُ ولأنَّ المبيعَ إنْ لَم يخرُجْ مُستحَقًّا فلا ضَمانَ ، وإنْ خَرَجَ بانَ وُجوبُ رَدِّ الثمَنِ وصِحَّةُ الضَّمانِ ، ولا جَهالَةَ ؛ لأنَّ الثمَنَ مَعلومٌ فإنِ استحَقَّ بعضَه فهو بعضُ ما ضَمِنَه فلا يضُرُّ جَهالَتُه كَصِحَّةِ البيعِ فيما إذا خَرَجَ بعضُ المبيعِ مُستحَقًّا وكَتَبَ أيضًا ولإطْباقِ الناسِ عليها في الإعصارِ كالمالِ ، واحتجَّ له بالعبَّاسِ تكَفَّلَ لِلنَّبيِّ ﷺ بأبي سُفيانَ .

(٢) (قوله : كالتكَفُّلِ ببَدَنِ مُكاتبٍ لِلنُّجومِ) أو ببَدَنِ مَنْ أخَذَه ظالِمٌ لِيُصادِرَه .

(٣) (قوله : كَقِصاصٍ وحَدِّ قَذْفٍ) مَثَّلَ بمِثالَيْنِ لِيُنَبِّهَ على أنَّه لا فرقَ بين أنْ يكونَ الحقُّ مِمَّا يدخُلُه المالُ كالقِصاصِ أو لا كالقذْفِ .

(٤) (قوله : قال الأذْرَعيُّ) أي وغيرُه وقولُه : ويُشبِه إلخ ما تفقَّهَه ليس بظاهرٍ لِما تقدَّمَ من تعليلِهم فيُؤْخَذُ بإطْلاقِهم ، واستُشكِلَ تصويرُ الكَفالَةِ بحَدِّ الله - تعالى ؛ لأنَّ استيفاءَه يجِبُ على الفورِ ، وأُجيبَ بتصويرِه بأنْ يثْبُت عليه حَدُّ الزِّنا مِثلا في وقتٍ لا يجوزُ استيفاؤُه فيه كالحرِّ الشديدِ ونحوِه فيجيءُ مَنْ يتكَفَّلُ ببدَنِه ليتركَه الحاكِمُ .

التبرُّعِ بأداءِ دَيْنٍ من غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ومَعرِفته كما مَرَّ ، ويُعتبَرُ مع ما ذُكِرَ مَعرِفةُ المكْفولِ له نَظِيرُ ما مَرَّ في المضمونِ له كما أفادَه كلامُ الرُّويانيِّ (١) ، وإنَّما تصِحُّ الكَفالَةُ (بِمَنْ) أي : ببَدَنِ مَنْ (لَزِمَه إجابةٌ إلى مَجْلِسِ الحُكْمِ أو استحَقَّ إحضارَه) إليه عندَ الاستعدادِ لِلحَقِّ (٢) (كَدعوى زَوجيَّتها) أي : كالكَفالَةِ ببَدَنِ امرأةٍ يدَّعي رَجُلٌ ، زَوجيَّتها ؛ لأنَّ الإجابةَ إلى ما ذُكِرَ لازِمَةٌ لها ، ولأنَّ الحُضورَ مُستحَقٌّ عليها (وعَكْسه) أي وكالكَفالَةِ ببَدَنِ رَجُلٍ تدَّعي امرأَةٌ زَوجيَّته لِذلك ، وهذه من زيادَته (وكذا الكَفالَةُ بها) أي بالمرأةِ (لِمَنْ ثَبَتتْ زَوجيَّتُه) وكذا عَكْسه فيما يظْهَرُ ، كأنْ يكونَ الزَّوجُ موليًا (و) تصِحُّ (ببَدَنِ آبقٍ) لِمالِكِه (وأجيرٍ) (٣) لِمُستأجَرِه ؛ لِما ذكر ، وقَيَّدَه الأصلُ : بالعينِ ، فإنِ أُحترِزَ به عن المُشترَكِ ، فليس بظاهرٍ أو عن المُبهَمِ ، فلا حاجةَ إليه(٤) ؛ لِلعِلمِ به مِمَّا يأتي (و) ببَدَنِ (مَنِ ادَّعَى عليه ، ولو أنْكَرَ) لِما ذُكِرَ ، ولأنَّ مُعظَمَ الكَفالات إنَّما يقَعُ قبلَ ثُبوت الحقِّ وهذا يشمَلُ بعضَ مَنْ تقَدَّمَ (وكذا) ببَدَنِ (مَيِّتٍ (٥) ، وصَبيٍّ ، ومَجْنونٍ بإذْنِ الوليِّ) في الأخيرَيْنِ (والورَثةِ) في الأوَّلِ ، ولأنَّه قد يستحِقُّ إحضارَهم (ليشهَدَ عليهم) أي : على صورَتهم ، إذا تحَمَّلَ الشُّهودُ كذلك ، ولَمْ يعرِفوا اسمَهم ونَسَبَهم .

ومن المعلومِ أنَّ مَحَلَّ ذلك في الميِّت قبلَ دَفْنِه ، فإنْ دُفِنَ لم تصِحَّ الكَفالَةُ ، ٢٤٢/٢ وإنْ / لم يتغيَّر ، كما دَلَّ عليه كلامُهم الآتي ، فيما إذا تكَفَّلَ ببَدَنِ الحيِّ ، فمات نَبَّهَ عليه الإسنَويُّ وغيرُه (٦) .

---

(١) (قوله : كما أفادَه كلامُ الرُّويانيِّ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : عندَ الاستعدادِ لِلحَقِّ) أي لإثباته أو استيفائِه .

(٣) (قوله : وببَدَنِ آبقٍ وأجيرٍ) أي وغائِبٍ ، ومَحَلُّه في المُمكِنِ حُضورُه فأمَّا المُنقَطِعُ الخبَرِ فلا يجوزُ صَرَّحَ به في التجريدِ وقال بعضُهم : ينْبَغي تقييدُ الجوازِ بما إذا كان دونَ مَسافةِ العدوى أو فوقَها ولكنْ تكَفَّلَ بإحضارِه إلى مَكان يلزَمُه الحُضورُ فيه . ا هـ . ما بَحَثَه مَردودٌ .

(٤) (قوله : أو عن المُبهَمِ فلا حاجةَ إليه إلخ) قال شيخُنا : أرادَ به مُقابلَ المُبهَمِ ، وأتى به هنا دَفعًا لِتوهُّمِ أنْ يُرادَ بالمُعَيَّنِ غيرُ المُشترَكِ فعُلِمَ منه أنَّ المُعَيَّنَ تحته أمرانِ مُعَيَّنٌ خاصٌّ ومُشترَكٌ .

(٥) (قوله : وكذا ببَدَنِ مَيِّتٍ) قال في القوت : الظَّاهرُ أنَّ مَحَلَّه قبلَ الدَّفنِ ، وعندَ الأمنِ من التغيُّرِ بالتأخيرِ وعندَ عَدَمِ النقلِ من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ ، وليس لِلوليِّ أنْ يأذَنَ في مِثلِ هذه الأحْوالِ فإنْ أذنَ فلا عِبرَةَ بإذْنِه هذا ما ظَهَرَ لي بلا نَقلٍ ، وقولُه : قال في القوت : الظَّاهرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٦) (قوله : نَبَّهَ عليه الإسنَويُّ وغيرُه) أشارَ إلى تصحيحِه .

(ويطالِبونَ) أي : الوليُّ (١) والورثةُ (بالإحضارِ) عندَ الحاجةِ ، واعتبارُ إذْنِ الورثةِ ومُطالَبتُهم بالإحضارِ من زيادتـه ، وقد بحَثَه في المطْلَب (٢) ، ودخَلَ في الورثةِ بَيْتُ المالِ ، وبَقِي ما لو مات ذمِّيٌّ عن غيرِ وارثٍ ، وانتقَلَ مالُه فيئًا لِبَيْت المالِ ، وظاهرُ كلامِهم عَدَمُ الاكْتفاءِ بإذْنِ الإمامِ وهو مُحتمَلٌ (٣) ، وأمَّا السَّفيه فظاهرُ كلامِهم اعتبارُ إذْنِه ومُطالَبَته دونَ وليّه ، وقال الأذْرَعيُّ : والظَّاهرُ إذْنُ وليّه لا إذْنُه .

(فرعٌ) : يُشترَطُ كونُ المكْفولِ ببَدَنِه مُعَيَّنًا ، كما في ضَمانِ الدَّيْنِ ، فلو (كَفلَ) بفتحِ الفاءِ أفصحُ من كَسرِها (بأحدِ الرَّجُلَيْنِ) مُبهَمًا أي : ببَدَنِه (لَمْ تصِحَّ) كما في ضَمانِ المالِ ، فإنْ قُلت : كَفَّلَ مُتعَدٍّ بنفسِه ، كَقولِه تعالى : ﴿وكَفَّلها زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران : ٣٧] فلِمَ عَدَّاه المُصَنِّفُ بغيرِه ، قُلت : ذاكَ بمَعْنَى عالَ ، وما هنا بمَعْنَى ضَمِنَ والتزَمَ ، واستعمالُ كَثيرٍ من الفُقَهاءِ له مُتعَدِّيًا بنفسِه مُؤَوَّلٌ ، فإنَّ صاحِبَ الصِّحاحِ والقاموسِ وغيرَهما من أئِمَّةِ اللُّغَةِ لم يستعمِلوه إلا مُتعَدِّيًا بغيرِه .

(فصلٌ يصِحُّ ضَمانُ رَدِّ كُلِّ عَيْنٍ مَضمونَةٍ) (٤) على مَن هي بيدِه (كمَغْصوبٍ أو مَبيعٍ لم يقبض ومُستعارٍ) كما يصِحُّ بالبدَنِ بل أولى ، لأنَّ المقصودَ هنا المالُ (ويبرأُ) الضَّامِنُ (بردِّها) مَضمونٍ له (وكذا) يبرأُ (بتلَفِها) فلا يلزَمُه قِيمَتُها كما لو مات المكفولُ ببَدَنِه ، لا يلزَمُ الكَفيلَ الدَّيْنُ (ولو ضَمِنَ القِيمَةَ) أي قِيمَةَ العيْنِ (إنْ تلِفتْ لم يصِحَّ) لِما مَرَّ أنَّه لا يغرَمُ قِيمَةَ العيْنِ بتلَفِها ، ولِعَدَمِ ثُبوت القِيمَةِ ،

---

(١) (قوله : أي الوليُّ) فلو زالَ الحجْرُ أو انعزَلَ بَطلَتْ مُطالَبَته .

(٢) (قوله : وقد بحَثَه في المطْلَب) أُعتبِرَ في المطْلَب إذْنُ الوارثِ قال في المُهمَّات : يتَّجه اشتراطُ إذْنِ كُلِّ الورَثةِ ، وقال الأذْرَعيُّ وغيرُه : الوجه أنْ يُقال يُعتبَرُ إذْنُ الوليِّ ، ولَعَلَّه مُرادُ ابنِ الرِّفْعَةِ ولا أحْسَبُ أحدًا يقولُ : إنَّه إذا مات عن أبٍ وزَوجةٍ وأولادٍ أنَّه يُعتبَرُ إذْنُ الجميعِ ولا يكْفي إذْنُ الأبِ في ذلك ولا سيَّما إذا كان الميِّتُ في حِجْرِه لِسَفهٍ أو غيرِه ، وقال ابنُ العِمادِ : الموافِقُ لِلمَنقولِ أنَّه يكْفي إذْنُ وارثٍ واحدٍ فقَطْ صَرَّحوا بأنَّ الميِّت إذا مات ، وعليه صَومٌ وصامَ عنه الأجنَبيُّ كَفاه أنْ يصومَ بإذْنِ قَريبٍ واحدٍ وقولُه الوجه أنْ يُقال إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : وظاهرُ كلامِهم عَدَمُ الاكْتفاءِ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٤) (قوله : يصِحُّ ضَمانُ رَدِّ كُلِّ عَيْنٍ مَضمونَةٍ) وإن لَمْ تلزَمْ مُؤْنَةُ رَدِّها .

ومحلُّ صِحَّةِ ضَمانِ العينِ ، إذا أذنَ فيه واضِعُ اليدِ ، أو كان الضَّامِنُ قادِرًا على انتزاعِها منه ، نَقَله شارِحُ التعجيزِ عن الأصحاب (١) .

(ولو تكفَّلَ بعبدٍ تعلَّقَ برَقبَته مالٌ ، جازَ) كما يجوزُ ببَدَنِ الحُرِّ وبسائرِ الأعيانِ السَّابقَةِ (وأمَّا) العينُ (غيرُ المضمونَةِ) على مَن هي بيدِه (كالوديعَةِ) والوصيَّةِ، والمُؤَجَّرِ، ولو بعد مُضيِّ المُدَّةِ (فلا يصِحُّ ضَمانُها) لأنَّها(٢) غيرُ مَضمونَةِ العينِ والرَّدِّ ، وإنَّما يجِبُ على الأمينِ التخليةُ فقَطْ (ولا) يصِحُّ (ضَمانُ تسليمِ المرهونِ) لِلمُرتهنِ قبل قبضِه ، لأنَّه ضَمانٌ ما ليس بلازِمٍ (وضَمانُ العُهْدَةِ) أي عُهْدَةِ الثمَنِ (والثمَنُ مُعَيَّنٌ) باقٍ بيدِ البائعِ (ضَمانُ عَيْنٍ) وتعبيري بعُهْدَةِ الثمَنِ أولى من تعبيرِ الرَّافِعِيِّ بعُهْدَةِ المبيعِ .

وحاصِلُ ما ذُكِرَ أنَّ ضَمانَ العُهْدَةِ يكونُ ضَمانَ عَيْنٍ ، فيما إذا كان الثمَنُ مُعَيَّنًا باقِيًا بيدِ البائعِ ، وضَمانُ ذمَّةٍ فيما عَدا ذلك ، فإنْ قُلت : ما الفرقُ بين كونه مُعَيَّنًا وغيرَ مُعَيَّنٍ ؟ فإنَّ الضَّمانَ إنَّما يصِحُّ بعدَ قبضِ البائعِ له وإذا قبَضَ غيرَ المُعَيَّنِ تعَيَّنَ ، ولا أثَرَ لِعَدَمِ تعيُّنِه في العقدِ ، قُلت : بل له أثَرٌ ، لأنَّ العقدَ لا يبطُلُ بخُروجِه مُستحَقًّا بخلافِه في المُعَيَّنِ ، فالمضمونُ هنا رَدُّ العيْنِ الواجِبةِ في العقد عَيْنًا حتى لو تعذَّرَ رَدُّها ، لم يُلزَم الضَّامِنَ بَدَلُها كما مرَّ ، والمضمونُ ثَمَّ ماليَّةُ العيْنِ التي ليستْ كذلك عندَ تعذُّرِ رَدِّها حتى لو بَقِيتْ بيدِ البائعِ ، وخَرَجَ المُقابِلُ مُستحَقًّا لم يُلزَم الضَّامِنَ بَدَلُها كما صَرَّحَ به في المطْلَب تفقُّهًا (فإنْ ضَمِنَ قِيمَته بعد تلفِه) أي الثمَنِ بيدِ البائعِ (فكما) لو كان (في الذِّمَّةِ) وضَمِنَ العُهْدَةَ فيكونُ ضَمانَ ذمَّةٍ .

(فصلٌ : وإنْ عَيَّنَ) الكَفيلُ في الكَفالَةِ (لإحضارِ المكْفولِ بهِ) أي : لِتسليمِه لِلمَكفولِ له (مَكانًا (٣) ، تعَيَّنَ ومَتى أُطْلِقَ ، حُمِلَ على موضِعِ العقدِ) كما في السَّلَمِ فيهما ، وكلامُهم يُفهِمُ أنَّه لا يُشترَطُ بَيانُ موضِعِ التسليمِ ، وإنْ لم يصْلُحْ له موضِعُ التكَفُّلِ كاللُّجَّةِ أو كان له مُؤْنَةٌ ، وهو مُخالِفٌ لِنَظِيرِه في السَّلَمِ المُؤَجَّلِ(٤) ،

---

(١) (قوله : نَقَله شارِحُ التعجيزِ عن الأصحاب) وجَزَمَ به صاحِبُ الأنوارِ .

(٢) (قوله : وأمَّا غيرُ المضمونَةِ كالوديعَةِ فلا يصِحُّ ضَمانُها ، لأنَّها إلخ) ولا تصِحُّ بإحضارِ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ المغصوبةِ الباقِيةِ التي لا مُؤْنَةَ لِرَدِّها قاله في الأنوارِ وهو ضعيفٌ .

(٣) (قوله : وإنْ عَيَّنَ لإحضارِ المكْفولِ به مَكانًا تعَيَّنَ إنْ كان صالِحًا) قال الأذْرَعِيُّ : ويجِبُ أنْ يكونَ محَلُّه إذا أذنَ فيه المكْفولُ ببَدَنِه ورَضِيَ به وإلا فالجزْمُ بفسادِها .

(٤) (قوله :وهو مُخالِفٌ لِنَظِيرِه في السَّلَمِ المُؤَجَّلِ) الفرقُ : أنَّ وضعَ السَّلَمِ التأجيلُ ،............=

فيُحتمَلُ أنْ يلحَقَ به (١) / ويُحتمَلُ خلافُه أخذًا بمَفهومِ كلامِهم ، ويُفرَّقُ بأنَّ السَّلَمَ ٢/٢٤٣
عَقدُ مُعاوضَةٍ ، والتكَفُّلُ مَحْضُ التزامٍ (فإنْ أحضَرَه في غيرِه) أي في غيرِ الموضِعِ المُعَيَّنِ في الأُولى ، وموضِعِ العقدِ في الثانيةِ (فامتنَعَ) المكفولُ له من تسلُّمِه (لِغَرَضٍ) كَفوتِ حاكِمٍ أو مُعَيَّنٍ (جازَ) امتناعُه (وإلا) أي : وإنِ امتنَعَ لا لِغَرَضٍ (تسلَّمَه الحاكِمُ عنه) لأنَّ التسَلُّمَ حينَئِذٍ لازِمٌ له ، فإذا امتنَعَ منه نابَ عنه الحاكِمُ فيه (فإنْ لم يكُنْ حاكِمٌ سَلَّمَه إليه وأشهَدَ) به شاهدَيْنِ (ويبرأُ) الكَفيلُ (بتسليمِه) لِلمَكفولِ له (مَحبوسًا بحَقٍّ) (٢) لإمكانِ إحضارِه ومُطالَبَته بالحقِّ (لا) مَحبوسًا بغيرِ حَقٍّ لِتعَذُّرِ تسليمِه ، ولا غيرَ مَحبوسٍ (مع مُتغَلِّبٍ) (٣) لِعَدَمِ الانتفاعِ بتسليمِه .

(و) يبرأُ (بتسليمِ المكفولِ نفسَه) (٤) لِلمَكفولِ له ....

= ووضعُ الضَّمانِ الحُلولُ ، وسَيأتي أنَّه لا يصِحُّ توقيتُ الكَفالَةِ وذاكَ عَقدُ مُعاوضَةٍ ، وهذا بابُ غَرامَةٍ فافترَقا ويُشترَطُ فيما يظهَرُ أنْ يأذَنَ فيه المكفولُ ببَدَنِه ، وإلا فتفسُدُ الكَفالَةُ ولا يُغني عن ذلك مُطلَقُ الإذنِ في الكَفالَةِ وإنَّما يتعَيَّنُ موضِعُ العقدِ عندَ الإطلاقِ إذا كان صالحًا ، وإلا فلا بُدَّ من تعيينِ موضِعٍ فإنْ أطلَقَ فسدَتْ كما تقَدَّمَ في السَّلَمِ . ع .

(١) (قوله : فيُحتمَلُ أنْ يلحَقَ به) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ويبرأُ الكَفيلُ بتسليمِه مَحبوسًا بحَقٍّ) لو قال : ضَمِنت إحضارَه كُلَّما طَلَبَه المكفولُ له فهذا قد يتبادرُ إلى الفهمِ أنَّه يتكَرَّرُ ولا يخرُجُ عن العُهدَةِ ما دامَ طَلَبُه ثابتًا على المكفولِ ببَدَنِه قال البُلقِينيُّ الذي يقتضيه النظرُ السَّديدُ أنَّه لا يلزَمُه غيرُ المرَّةِ الواحدَةِ ، وأنَّه يكونُ مُقتضَى التكريرِ تعليقَ الضَّمانِ على طَلَبِ المكفولِ له ، وتعليقُ الضَّمانِ باطِلٌ . اهـ . ومُقتضاه صِحَّةُ الضَّمانِ ، وأنَّ الخلافَ في التكَرُّرِ وعَدَمِه والأوجَه عَدَمُ صِحَّةِ الضَّمانِ ؛ لأنَّه مُعَلَّقٌ فكأنَّه قال : ضَمِنت إحضارَه إنْ طَلَبَه المكفولُ له ش وقولُه قال البُلقِينيُّ : الذي يقتضيه النظرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : لا مع مُتغَلِّبٍ) لو ادَّعَى الكَفيلُ تسليمَه ، وليس هناكَ حائِلٌ ، وقال المكفولُ له ما أسلَمت إلا وهناكَ حائِلٌ فمن القولِ قولُه : وجهانِ حَكاهما الدَّبيليُّ ويجْريانِ في البيعِ والقرضِ إذا اختلَفا في ذلك قال : ولو سَلَّمَه في موضِعٍ تُمكِنُه مُطالَبَتُه بالحقِّ ثم أخَذَه بالقهرِ بَرِئَ من ضَمانِ البيعِ ، وقولُه : وجهانِ حَكاهما إلى آخرِه قال شيخُنا أصحُّهما تصديقُ الكَفيلِ بيمينِه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ وُجودِ الحائِلِ .

(٤) (قوله : ويبرأُ بتسليمِ المكفولِ نفسَه إلخ) تسليمُ الوليِّ كَتسليمِ المكفولِ ، وإطلاقُ المُصنِّفِ يقتضي أنَّ الصَّبيَّ والمجنونَ إذا سَلَّما أنفُسَهما عن جِهَةِ الكَفالَةِ كَفَى ، وفيه نَظَرٌ ؛ إذ لا حُكمَ لِقولِهما ، والظَّاهرُ أنَّه إنْ قبلَ حَصَلَ التسليمُ ، وإلا فلا د ، وقولُه : والظَّاهرُ أنَّه ....=

.... (عن جهته) [1] بأن يقولَ له : سَلَّمتُ نفسي إليك عن جهةِ الكَفيلِ ، كما يبرأُ الضَّامِنُ بأداءِ الأصيلِ الدَّيْنَ (لا) بتسليمِه نفسَه (عن غيرِها) أي : عن غيرِ جِهَةِ الكَفيلِ ، لأنَّه لم يُسَلِّمه إليه هو ، ولا أحدٍ عن جِهَته حتى لو ظَفِرَ به المكفولُ له ، ولو بمَجْلِسِ الحُكْمِ ، وادَّعَى عليه لم يبرأ الكَفيلُ . وأولى مِمَّا عَبَّرَ به قولُ أصلِه : ولو لم يُسَلِّم نفسَه عن جِهَةِ الكَفيلِ ، لم يبرأ الكَفيلُ ؛ لِتناوُلِه ما لو سَلَّمَه لا عن جِهَةِ أحدٍ (و) يبرأُ (بتسليمِ أجنبيٍّ له) إنْ سَلَّمَه (عن جِهَةِ الكَفيلِ وبإذْنِه ولا يلزَمُ) المكفولَ له (قبولُه إنْ سَلَّمَه بغيرِ إذْنِ الكَفيلِ) ولو عن جِهَته ، لكنْ لو قُبِلَ عن جِهَته ، بَرِئَ الكَفيلُ (ولو كَفلَ به رَجُلانِ مَعًا) أو مُرَتَّبًا كما صَرَّحَ به الأصلُ (فأحْضَرَه أحدُهما) أي سَلَّمَه (لَم يبرأ الآخَرُ ، وإنْ قال : سَلَّمته عن صاحِبِي) [2] كما لو كان بالدَّيْنِ رَهْنانِ ، فانفكَّ أحدُهما [3] ، لا ينفكُّ الآخَرُ ، ويُفارِقُ ما لو قَضَى أحدُ الضَّامِنَيْنِ الدَّيْنَ ، حيثُ يبرأُ الآخَرُ بأنَّ قَضاءَ الدَّيْنِ يُبرِئُ الأصيلَ ، وإذا بَرِئَ بَرِئَ كُلُّ ضامِنٍ ، ولو كَفلَ رَجُلٌ لِرَجُلَيْنِ ، فسَلَّمَ إلى أحدِهما لم يبرأ من حَقِّ الآخَرِ كما صَرَّحَ به الأصلُ .

(فإنْ تكافلا) أي : الكَفيلانِ ، ثم أحْضَرَ أحدُهما المكفولَ به (بَرِئَ مُحْضِرُه من

= إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(١) (قوله : عن جِهَته) بأنْ عَيَّنَ تلك الجِهَةَ أو أطْلَقَ فإنْ أبَى أن يقبَله قال الماورديُّ : أشهَدَ المكفولَ أنَّه سَلَّمَ نفسَه عن كَفالَةِ فُلانٍ ، وبَرِئَ الكَفيلُ منها ، وقِياسُ ما تقدَّمَ أنَّه يتعَيَّنُ الرَّفْعُ إلى الحاكِمِ ثم الإشهادُ ، وإطْلاقُ المُصَنِّفِ يشمَلُ الصَّبِيَّ والمجنونَ يُسَلِّمانِ أنفُسَهما عن جِهَةِ الكَفيلِ قال الأذْرَعِيُّ : وفيه وقفةٌ ؛ إذْ لا حُكْمَ لِقولِهما ، ولَم أرَه نَصًّا والظَّاهِرُ أنَّه إنْ قُبِلَ حَصَلَ التسليمُ ، وإلا فلا .

(٢) (قوله : فإنْ أحْضَرَه أحدُهما لَم يبرأ الآخَرُ ، وإنْ قال : سَلَّمته عن صاحِبِي) قال البُلقِينِيُّ : لَعَلَّ مَحَلَّه إذا لَم يقبل المكفولُ له ولَم يأذَنِ الكَفيلُ فأمَّا إذا قبِلَ أو أذِنَ فينبَغِي أن يبرأَ كما لو أحْضَرَه أجنَبِيٌّ ، ويُمكِنُ الفرقُ بأنَّ الأجنَبِيَّ ليس عليه حَقٌّ في الإحْضارِ بخلافِ الاثْنَيْنِ يتكَفَّلانِ فإنَّه إذا أحْضَرَه أحدُهما فقد خَرَجَ من الحقِّ الذي عليه فلا يندرِجُ في ذلك الحَقُّ المُتعَلِّقُ بصاحِبه قال شيخُنا ؛ لأنَّ تسليمَه لا يقَعُ إلا واجِبًا عن نفسِه فلا يُقبَلُ اشتراكُه عن صاحِبِه فكلامُ الأصحاب على إطْلاقِه ، وتقييدُ البُلقِينِيِّ مَردودٌ ، وقولُه : ويُمكِنُ الفرقُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : كما رَهَنَ بالدَّيْنِ رَهْنانِ فانفكَّ أحدُهما) قال شيخُنا أي بإسقاطِ المُستحِقِّ حَقَّه من تلك الوثيقَةِ بفكِّ الرَّهْنِ ، وإلا فبالأُولى لا يُتصَوَّرُ .

الكَفالَتينِ) أي : كَفالَتـه الأُولى ، والثانيـةِ (والآخَرُ) يبرأُ (من الأُخـرَى) أي الثانيةِ ؛ لأنَّ كَفيله سَلَّمَ (فقطْ) أي دونَ الأُولى ، لأنَّه لم يُسَلِّمْ هو ، ولا أحدٌ عن جِهَته (وإنْ قـال المكْفـولُ لـه) لِلكَفيـلِ (أبرَأْتُـك) مـن حَقِّي (بَـرِئَ) كما يبرأُ بالتسليمِ (أو) قال (لا حَقَّ لي على الأصيلِ) ، أو قِبَله (فوجهانِ أحدُهما يبرأُ الأصيلُ [١] والكَفيلُ) لإقرارِه المذكورِ (والثاني : يُراجَعُ ، فإنْ فَسَّرَ بشيءٍ) منه نفيُ الدَّيْنِ ، أو نفيُ الوديعَةِ ، أو الشركَةِ ، أو نحوِهما (قُبِلَ) قولُه .

(فإنْ كذَّباه) أو أحدُهما في تفسيرِه بنفيِ الوديعَةِ أو نحوِها (حَلَف) عليه ؛ لأنَّه أعلَمُ بمُرادِه ، قال الأذرَعيُّ : والأوَّلُ أقرَبُ ، قُلت : ويُؤيِّدُه ما يأتي في الإقرارِ من أنَّه لو قال : لا دَعوى لي على زَيْدٍ ، وقال : أرَدتُ في عِمامَته وقَميصِه ، لا في دارِه وبُستانِه ، لم يُقبل قولُه ظاهرًا (ويُطالَبُ) الكَفيلُ (بإحضارِ غـائِـبٍ عَلِـمَ) هو ، والطَّريقُ آمِنٌ ، وأمكَنَه إحضارُه عادَةً (مَكانه[٢] ولو بَعُدَ) بأنْ كان بمَسافةِ القصْرِ ، فأكثرَ سَواءٌ ، أغابَ بعدَ الكَفالَةِ أم كان غائِبًا عندَها [٣] (أو مـات) أي : الغائِبُ ، وكذا الحاضِرُ المفهومُ بالأولى (ما لم يُدفن ؛ ليراه الشُّهودُ) فيشهَدونَ على صورَته كما لو تكَفَّلَ ابتداءً ببَدَنِ مَيِّتٍ (ويُمهَلُ) الكَفيلُ (مُدَّةَ إحضارِه) أي : الغـائِب ذَهابًا وإيابًا ، قـال الإسنَـويُّ : وينبَغي أنْ يُعتبَرَ مـع ذلـك مُدَّةُ إقامَةِ المُسافِرينَ[٤] / لِلاستراحةِ وتجهيزِ المكْفولِ ، وما قاله ظاهرٌ في مَسافةِ القصْرِ ، فأكثرَ ٢٤٤/٢
بخلافِ ما دونَها ، قال في الأصلِ : فإنْ مَضَت المُدَّةُ ، ولَم يحضُر حُبِسَ ، قال

---

(١) (قوله : أحدُهما يبرأُ الأصيلُ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ويُطالَبُ بإحضارِ غائِبٍ عَلِمَ مَكانُه) والقولُ قولُه : إنَّه لا يُعلَمُ مَكانُه .

(٣) (قوله : سَواءٌ أغابَ بعدَ الكَفالَةِ أم كان غائِبًا عندَها) سَواءٌ أكان ببَلَدِ المكْفولِ حاكِمٌ أم لا ، وإنَّما وجَبَ عليه الحُضورُ مع الكَفيلِ حينَئِذٍ لإذنِه له في الكَفالَةِ وسَواءٌ أكانت بعدَ ثُبوت الحقِّ عليه أم قبله .

(٤) (قولـه : قال الإسنَـويُّ : وينبَغي أنْ يُعتـبَرَ مع ذلك مُدَّةُ إقامَـةِ المُسافِرينَ) قـال الأذرَعيُّ : والظَّاهرُ إمهالُه لانتظارِ رُفقَةٍ يأمَنُ معهم وعندَ الأمطارِ والثُّلوجِ الشديدَةِ والأوحالِ المُؤذيةِ التي لا تُسلَكُ عادَةً ولا يُرهَقُ ولا يُحبَسُ مع هذه الأعذارِ . ا هـ . وقولُه وقال الأذرَعيُّ والظَّاهرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه (قوله: فالمُتَّجه أنَّ له استردادَه) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه قال البكْريُّ : فيه تطويلٌ المُتَّجه خلافُه . ا هـ . الأقرَبُ خلافُه ؛ لأنَّه مُتبَرِّعٌ بالأداءِ ليُخَلِّصَ نفسَه عِ رَدِّه والِدي بأنَّه ليس بمُتبَرِّعٍ ، وإنَّما بذَله لِلحيلولَةِ ف س قال شيخُنا : عُلِمَ من ذلك أنَّ المُستَرَدَّ منه هو المكْفولُ له عندَ تسليمِ المكْفولِ لا أنَّه يرجِعُ بما غرِمَه على المكْفولِ .

الإسنويُّ : أي : إنْ لم يُؤَدِّ الدَّيْنَ ؛ لأنَّه مُقصِّرٌ ، قال : فلو أدَّاه ، ثم قَدِمَ الغائِبُ ، فالمتَّجه أنَّ له استردادَه ، وكان وجهه أنَّه إنَّما غَرِمَه لِلفُرقَةِ ، وإذا حُبِسَ أُديمَ حَبسُه إلى أنْ يتعَذَّرَ إحضارُ الغائِب بموتٍ أو جَهْلٍ بموضِعِه أو إقامَته عندَ مَنْ يمنَعُه ، قاله في المطْلَب [١] ، ولَعَلَّ المُصَنِّف إنَّما حَذَف ذكْرَ جَوازِ الحبسِ اكْتفاءً بما يُشيرُ إليه كلامُه في الفصلِ الآتي ، أو لأنَّه يرى خلافه تبعًا لِجَمعٍ . فقد جَزَمَ الرُّويانيُّ والعبَّاديُّ وغيرُهما بالمنعِ قبلَ حِكايتهم الجوازَ ، كما قاله الزَّركَشيُّ ، وقال : إنَّ المنعَ أقرَبُ ، قال : والقائِلونَ بالحبسِ قاسوه على المالِ ، والفرقُ بينهما واضِحٌ ، فإنَّه هنا في حُكْمِ المُعسِرِ المديونِ ، ومِثْلُه لا يُحْبَسُ وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّه قادِرٌ على إحضارِه .

(فلو مات) المكفولُ به (أو تسَتَّرَ [٢] لم يلزَمه) أي الكَفيلَ (المالُ) لأنَّه لم يلتزِمه كما لو ضَمِنَ المُسلَمَ فيه فانقَطَعَ لا يُطالَبُ برأسِ المالِ (بل لو شَرَطَ إلزامَه) وفي نُسخَةٍ : التزامَه (إيَّاه بطَلَتْ) كَفالتُه لأنَّه شرطٌ يُنافي مُقتضاه ، وبَطَلَ التزامُ المالِ أيضًا ؛ لأنَّه صَيَّرَ الضَّمانَ مُعلَّقًا ، قال الإسنَويُّ : ولَك أنْ تقولَ : هَلاَّ بَطَلَ الشرطُ [٣] فقط ، كما لو أقرَضَه بشرطِ رَدِّ مُكَسَّرٍ عن صحيحٍ ، أو شرطِ الخيارِ لِلمَضمونِ له ، أو ضَمِنَ المُؤَجَّلَ بشرطِ الحُلولِ بجامعِ أنَّه زادَ خَيْرًا . انتهى . ويُجابُ بأنَّ المشروطَ في تلك صِفةٌ تابِعَةٌ وفي هذه أصلٌ يُفرَدُ بعَقدٍ ، والتابعُ يُغتفرُ فيه ما لا يُغتفرُ في الأصلِ ، قال : وصورَةُ المسألَةِ أن يقولَ : كَفلت بدَيْنِه بشرطِ الغُرمِ ، أو على أنِّي أغرَمُ أو نحوه ، فلو قال : كَفلت بَدَنَه ، فإنْ مات فعلى المالِ صحَّت الكَفالَةُ ، وبَطَلَ التزامُ المالِ قاله الماورديُّ ، قال الزَّركَشيُّ : وهو محمولٌ على ما إذا لم يُرِد به الشرطَ أي ، وإلا بَطَلَت الكَفالَةُ أيضًا ، وقد يُمنَعُ فإنَّه يرجِعُ إلى الاختلافِ في دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ [٤] ، والأصحُّ تصديقُ مُدَّعي الصِّحَّةِ على ما

---

(١) (قوله : قال في المطْلَب) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : فلو مات أو تستَّرَ) أي أو هَرَبَ .

(٣) (قوله : قال الإسنَويُّ : ولَك أنْ تقولَ : هَلاَّ بَطَلَ الشرطُ كما لو أقرَضَه إلخ) شرطُ المكَسَّرِ عن الصَّحيحِ ، وشرطُ أنْ يُقرِضَه غيرَه لا يُنافي القرضَ بل هو ضَمُّ إرفاقٍ إلى إرفاقٍ ، ووعدٌ بإحسانٍ بخلافِ مَسألَتنا ، فإنَّ اشتراطَ الغُرمِ فيها مُنافٍ لِموضوعِ الكَفالَةِ ، وكذلك شرطُ ضَمانِ المُؤَجَّلِ حالاً فإنَّه تبَرَّعَ بالتزامِ التعجيلِ كما تبَرَّعَ بأصلِ الكَفالَةِ فلا تنافي . ف س .

(٤) (قوله : وقد يُمنَعُ فإنَّه يرجعُ إلى الاختلافِ في دَعوى الصِّحَّةِ والفسادِ إلخ) يُجابُ عنه بأنَّه وإنْ رَجَعَ إلى ذلك بَطَلَتْ أيضًا كما لو باعَ ذراعًا من أرضٍ ، وقال : أرَدت به مُعَيَّنًا ....=

مَرَّ .

(ولو مات المكفولُ له لم تبطُل) أي : الكَفالَةُ ، وبَقِي الحقُّ لِورَثَته ، كما في ضَمانِ المالِ (فإنْ خَلَّف ورَثةً وغُرَماءَ ، ووصيًّا بتفريقِ الثُّلُث) لِمالِه (لَم يبرَأ) أي الكَفيلُ (إلا بالتسليمِ إلى الجميعِ ، وهل يكْفي) التسليمُ إلى (الموصَى له عن) التسليمِ إلى (الوصيّ) حتى يكْفي التسليمُ إليه مع الورَثةِ والغُرَماءِ ؛ لأنَّه قد سَلَّمَ المالَ إلى مُستحِقِّه ، وإنَّما الوصيُّ نائِبٌ أوَّلا ؛ لأنَّ لِلوصيّ وِلايةً على أهلِ الوصايا ، فصارَ كوليِّ الطِّفلِ والمجنونِ (وجهانِ) أوجَهُهما الأوَّلُ ؛ لأنَّ لِلموصَى له أن يستقِلَّ بأخذ ما أُوصي له به ، كما يأتي في باب الإيصاءِ ، قال الأذْرَعيُّ : ومحَلُّه في الموصَى له المحصورِ [1] لا كالفُقَراءِ ونحوِهم .

(فصلٌ : يُشترَطُ رِضا المكْفولِ به) لِما مَرَّ في ضابطِ الكَفالَةِ (لا) رِضا (المكْفولِ له) كما لا يُشترَطُ رِضا المضمونِ له (فلو كَفَلَ به بلا إذْنٍ) منه (لَم تلزَمه إجابَتُه) أي : الكَفيلِ فليس لِلكَفيلِ مُطالَبَتُه ، وإن طالَبَ المكْفولُ له الكَفيلَ كما في ضَمانِ المالِ بغيرِ إذْنٍ ، وقِيلَ : تلزَمُه إجابَتُه ، فله مُطالَبَتُه إنْ طالَبَه المكْفولُ له كأنْ قال له : أخرِجْ عن حَقِّي ؛ لأنَّ ذلك يتضَمَّنُ التوكيلَ فيه ، والترجيحُ من زيادَته ، وما رَجَّحَه ، قال الزَّركَشيُّ : إنَّه الأقرَبُ ؛ لأنَّه لم يوجِّهْ أمرَه بطلَبه قال : وتوجيه اللُّزومِ بتضَمُّنِ المُطالَبةِ التوكيلَ بَعيدٌ (إلا إنْ سَأله المكْفولُ له إحضارَه) كأنْ قال له : أحضِره (إلى القاضي فإنَّه) إذا أحضَرَه باستدعاءِ القاضي له (يُجيبُ) وُجوبًا لا بسَبَب الكَفالَةِ ، بل (لأنَّه وكيلُ صاحِب الحقِّ) في إحضارِ مَنْ هو عليه . وقد استدعاه القاضي ، وعلى هذا فلا بُدَّ من اعتبارِ مَسافةِ العَدْوَى ، وإنَّما اعتبَرت استدعاءَ القاضي تبَعًا لِلقاضي وابنِ الرِّفْعَةِ ؛ لأنَّ رَبَّ الحقِّ لو طَلَبَ إحضارَ خَصْمِه إلى القاضي لم يلزَمه الحُضورُ معه ؛ بل يلزَمُه أداءُ الحقِّ إنْ قَدرَ عليه وإلا فلا شيءَ عليه ، والتصريحُ باعتبارِ إحضارِه إلى القاضي من زيادَةِ المُصَنِّفِ (ولا حَبسَ عليه إنْ لم يُحْضِره) فيما إذا لم تلزَمه الإجابةُ ؛ لأنَّه حَبسَ على ما لا يقدِرُ عليه كما ذكرَه الأصلُ ، فلو قَدَّمَ المُصَنِّفُ هذا على المُستثنَى لَوافقَ أصله ، ويُحتمَلُ

= لأنَّه أعلَمُ بنيَّته .

(١) (قوله : قال الأذْرَعيُّ : ومحَلُّه في الموصَى له المحصورِ إلخ) هذا إذا كانت الكَفالَةُ بسَبَب مالٍ ، فإنْ لَم تكُن بسَبَبه فالمُستحِقُّ لِلكَفالَةِ الوارِثُ وحْدَه .

أنه قَصَدَ تأخيره (١) ليُفيدَ أنّه لا يُحْبَسُ مُطلَقًا ، لِما مَرَّ أنّه إنّما وجَبَت الإجابةُ ؛ لأنّه وكيلٌ مع استدعاءِ القاضي ، وقد يُشيرُ كلامُه إلى أنَّ الكَفيلَ بالإذْنِ يُحْبَسُ (٢) إن لم يُحْضِره وقد مرَّت الإشارةُ إليه .

(الرُّكْنُ الخَامِسُ) لِلضَّمَانِ الشَّامِلِ لِلْكَفالَةِ (صِيغَةُ لِالتِزَام) لِتَدُلَّ على الرِّضَا والمُرادُ بِهَا مَا يُشعِرُ بِالالتِزَامِ فيَشمَلُ اللَّفظَ والكِتَابَةَ وإشَارَةَ الأَخرَسِ (كَضَمِنتُ مَا لَكَ على فُلانٍ أَوْ تَكَفَّلْت بِبَدَنِهِ (٣) أَوْ أَنَا بِإِحْضَارِ بَدَنِهِ أَوْ أَنَا بِالمَالِ) أَوْ بِإِحْضَارِهِ كَمَا عَبَّرَ بِهِ أَصْلُهُ (أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ كَفِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ ضَامِنٌ أَوْ حَمِيلٌ أَوْ
٢٤٥/٢ قَبِيلٌ) أَوْ صَبِيرٌ أَوْ ضَمِينٌ أَوْ/ كَافِلٌ وكُلُّهَا صَرَائِحُ وفِي الأَصْلِ لَفظَةُ لَك بَعْدَ ضَمِنت فحَذَفَهَا المُصَنِّفُ لِيُنَبِّهَ على أَنَّ ذِكْرَهَا لَيْس بِشَرْطٍ وقَالَ الأَذْرَعِيُّ إنَّهُ الظَّاهِرُ (وقَوْلُهُ : خَلِّ عنه والمَالُ) الَّذِي لَك عَلَيْهِ (عَلَيَّ صَرِيحٌ) لِأَنَّ على لِلالتِزَامِ والتَّصْرِيحُ بِهَذَا هُنَا مِنْ زِيَادَتِهِ (لا) قَوْلُهُ خَلِّ عنه والمَالُ (عِنْدِي وإِلَيَّ) أَيْ أَوْ إِلَيَّ أَوْ مَعِي فلَيْس بِصَرِيحٍ لِاحْتِمَالِهِ غَيْرَ الالتِزَامِ ، وقَدْ تُستَشكَلُ الثَّلاثُ بِأَنَّهُ إن أَرَادَ خَلِّ عَنْ مُطَالَبَتِهِ فشَرْطٌ فاسِدٌ ، وإلا فضَمَانٌ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ ، وهُو فاسِدٌ أيضًا كَمَا سَيَأْتِي ويُؤَيِّدُهُ مَا يَأْتِي فِيمَا لَوْ قَالَ : أَبْرِئْ الكَفِيلَ ، وأَنَا كَافِلُ المَكْفُولِ ، وقَدْ يُجَابُ بِأَنَّ المُرَادَ خَلِّ عَنْ مُطَالَبَتِهِ الآنَ أَيْ قَبلَ الضَّمَانِ بِخِلافِ مَا لَوْ أَطْلَقَ أَوْ أَرَادَ خَلِّ عَنْهَا أَبَدًا لِمُنَافَاتِهِ مُقتَضَى العَقْدِ بِالكُلِّيَّةِ (وقَوْلُهُ أُؤَدِّي) المَالَ (وأُحْضِرُ) أَيْ أَوْ أُحْضِرُ المَالَ أو الشَّخْصَ (وعْدٌ لا يَلْزَمُ) الوفاءُ بِهِ لأنَّ الصِّيغَةَ لا تُشعِرُ بِالالتِزَام نَعَمْ إنْ صَحِبَهُ قَرِينَةُ (٤) التِزَامٍ فيَنبَغِي - كَمَا فِي المَطْلَبِ - صِحَّتُهُ (٥) .

---

(١) (قوله : ويُحتمَلُ إن قَصَدَ تأخيرَه ليُفيدَ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وقد يُشيرُ كلامُه إلى أنَّ الكَفيلَ بالإذنِ يُحْبَسُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٣) (قوله : كَضَمَنتُ ما لَك على فُلانٍ أو تكَفَّلت ببَدنِهِ الخ) لو تكَفَّلَ بالمالِ والبدَنِ فقال ضَمنت ما لَك على فُلانٍ وتكَفَّلت ببَدَنِه صحَّ ويكونُ ضامِنًا وكَفيلا ولو تكَفَّلَ بدَيْنٍ برهْنٍ صحَّ .

(٤) (قوله : نَعَم إنَّ صحِبته قرينَة إلخ) قال في الخادِمِ : لكنَّ القرائِنَ لا تنقلُ اللَّفظَ إلى الصَّريحِ .

(٥) (قوله : فينبَغي كما في المطلَب صِحَّتُه) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وأيَّده السُّبكيُّ بكَلامِ لِلماورديِّ وغيرِه ويُشبه أن يُقال : إنَّه كِنايةٌ فإنَّ العامِّيَّ يقصِدُ به الالتزامَ فإذا اعترَف بقَصْدِه به الضَّمانَ أو الكَفالَةَ أُلزِمَ بذلك . ا هـ . قال والِدي : ويُؤَيِّدُه قولُ البغَوِيِّ : لو قال : داري لِزَيْدٍ فليس بإقرارٍ ، فإنْ قال : قَصَدت بالإضافةِ كونَها مَعروفةً به ونحو ذلك لَزِمَه الإقرارُ ف س ، ويشهَدُ له ما لو قال لِزَوجَته : طَلِّقي نفسَك فقالت : أُطَلِّقُ وأرادَت الإنشاءَ فإنَّه يقَعُ حالاً ، وقال في الأنوارِ : ولو قال : خَلِّ عن فُلانٍ ، والدَّيْنُ الذي ....=

(وقَوْلُ كَفِيلٍ أَبْرَأَهُ المُسْتَحِقُّ) ثُمَّ وجَدَهُ مُلازِمًا لِلْخَصْمِ خَلْفِهِ و (أَنَا بَاقٍ على الكَفَالَةِ) عِبَارَةُ الأَصْلِ وأَنَا على مَا كُنتُ عَلَيْهِ مِنَ الكَفَالَةِ (كَافٍ) فِي أَنَّهُ صَارَ كَفِيلاً لِأَنَّهُ إِمَّا مُبْتَدِئٌ بِالكَفَالَةِ بِهَذَا اللَّفظِ أَوْ مُخْبِرٌ بِهِ عَنْ كَفَالَةٍ واقِعَةٍ بَعْدَ البَرَاءَةِ ، ويُفارِقُ مَا لَوْ فُسِخَتْ الكِتَابَةُ فقَالَ السَّيِّدُ : أَقْرَرْتُكَ على الكِتَابَةِ حَيْثُ لَمْ تَعُدْ الكِتَابَةُ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّ الضَّمَانَ مَحْضُ غَرَرٍ وغَبْنٍ [١] فكَفَى فِيهِ ذَلِكَ مِنَ المُلْتَزِمِ بِخِلافِ الكِتَابَةِ ونَحْوِهَا .

(فصلٌ : ويبطُلُ الضَّمانُ والكَفالَةُ) الواقِعانِ (بشرطِ الخيارِ لِلضَّامِنِ) في الأُولى (والكَفيلِ) في الثانيةِ ، لِمُنافاته مَقصودَهما ، ولا حاجةَ إليه ، لأنَّ المُلتزِمَ فيهما على يقِينٍ من الغرَرِ ، أمَّا شرطُه لِلمُستحِقِّ فليس بمُبطِلٍ ، لأنَّ الخيرَةَ في الإبراءِ والطَّلَب إليه أبَدًا ، وشرطُه لِلأجنَبيِّ كَشرطِه لِلضَّامِنِ (و) يبطُلانِ (بالتوقِيت) كَضَمنتُ أو كَفلت إلى رَجَبٍ (والتعليقُ) بوقتٍ أو غيرِه كَقولِه : إذا جاءَ رَجَبٌ ، أو إنْ لم يُؤَدِّ ما لَكَ غَدًا ، فقد ضَمنت أو كَفلت ، كالبيعِ فيهما (ولو أقرَّ بأنَّه ضَمِنَ) أو كَفلَ (بشرطِ خيارٍ) مُفسِدٍ (وبتوقيتٍ) فكذَّبه المستحِقُّ (صُدِّقَ المُستحِقُّ) بيمينِه بناءً على جَوازِ تبعيضِ الإقرارِ ، وقولُه : وبتوقيتٍ من زيادَته ، والواوُ فيه بمَعنَى أو (وإنْ قال) الضَّامِنُ أو الكَفيلُ (لا حَقَّ على مَن) ضَمنت أو (كَفلت به صُدِّقَ المستحِقُّ بيمينِه) لأنَّ الضَّمانَ والكَفالَةَ لا يكونانِ[٢] إلا بعدَ ثُبوت الحقِّ [٣] أي غالِبًا ، والترجيحُ في أنَّه إنَّما يُصَدَّقُ بيمينِه من زيادَته ، وسَبَقَه إليه الأذرَعيُّ (فإنْ نَكلَ) المُستحِقُّ (حَلَف) الضَّامِنُ و (الكَفيلُ وبَرِئَ) كُلٌّ منهما (وحْدَه) أي دونَ المضمونِ عنه والمكفولِ به ، والتصريحُ بقولِه : وحْدَه من زيادَته ، وعُلِمَ من كلامِه في هذه أنَّ الحُكمَ كذلك فيما لو قال الكَفيلُ : بَرِئَ المكفولُ ، وأنكرَ

= لَك عليه إليَّ أو مَعي أو عندي فهو كِنايةٌ .

(١) (قوله : بأنَّ الضَّمانَ مَحْضُ غَرَرٍ وغَبنٍ إلخ) وبأنَّ مُعظَمَ الاعتمادِ في الكِتابةِ على التعليقِ ، وهذا اللَّفظُ لا يصلُحُ له بخلافِ الكَفالَةِ .

(٢) (قوله : لأنَّ الضَّمانَ والكَفالَةَ لا يكونانِ إلخ) ولأنَّ الكَفيلَ بإقدامِه على الضَّمانِ والكَفالَةِ مُصَدِّقٌ بأنَّ الحقَّ ثابتٌ بالنِّسبةِ إليه ، لأنَّ إقدامَه على ذلك يتضمَّنُ تصديقَ المكفولِ له لا أنَّ تقدُّمَ الثُّبوت في الظَّاهِرِ شرطٌ فيهما .

(٣) (قوله : إلا بعدَ ثُبوت الحقِّ) ليس المُرادُ بثُبوته عندَ الحاكِمِ ببَيِّنَةٍ أو إقرارٍ فإنَّه لا يُشترَطُ بل المُرادُ الوُجوبُ عليه ، وإن لَم يعترِف به .

المكفولُ له ، وبه صَرَّحَ أصلُه (ويبطُلُ) ما ذُكِرَ (بشرطِ زيادةٍ على المالِ لا المُتبرِّعِ) أي : الزِّيادَةِ (من الدَّيْنِ) كأنْ ضَمِنَ رَجُلا بألفٍ ، وشَرَطَ لِلمَضمونِ له أنْ يُعطيهِ كُلَّ شَهرٍ درهمًا ، ولا يَحْسِبُه من الدَّيْنِ ، ولا حاجةَ مع قولِه زيادَةٍ على المالِ إلى ما بعدَه ؛ بل لا وجهَ له إذ ليس لَنا زيادَةٌ على ذلك لِيُستثنَى من الدَّيْنِ ، فلو قال : بشرطِ إعطاءِ مالٍ لا آخَرَ من الدَّيْنِ لَسَلِمَ من ذلك (و) تبطُلُ الكَفالَةُ (بقولِه : كَفلت بزَيْدٍ ، فإنْ أحضَرته وإلا فبعَمرٍو) كَفلت أمَّا كَفالَةُ زَيْدٍ ؛ فلأنَّه لم يلتزِمها ، وكأنَّه قال : كَفلت ببَدَنِ هذا أو ذاكَ ، وأمَّا كَفالَةُ عَمرٍو فلِتعليقِها (وبقولِه) لِلمَكفولِ له (أبرِئْ الكَفيلَ ، وأنا كَفيلُ المكفولِ) لأنَّه تكَفَّلَ بشرطِ إبراءِ الكَفيلِ ، وهو فاسِدٌ ، وفي نُسخَةٍ ، وأنا كافِلٌ بالمالِ ، وكُلٌّ صحيحٌ لكنَّ الموافِقَ لِلأصلِ الأولى

(فصلٌ : لو نَجَّزَ الكَفالَةَ ، وأجَّلَ الإحضارَ بمَعلومٍ) نحوُ أنا كَفيلٌ بزَيْدٍ ، أُحضِرُه بعدَ شَهرٍ ، أو ضَمِنتُ إحضارَه بعدَ شَهرٍ (جازَ) لِلحاجةِ إليه كما في الوكالَةِ ؛ ولأنَّه التزامٌ بعملٍ في الذِّمَّةِ ، فجازَ مُؤَجَّلا كالعمَلِ في الإجارَةِ (فإنْ أحضَرَه قبله) أي قبلَ الأجَلِ (فكما سَبَقَ في المكانِ)[(١)] الذي شَرَطَ التسليمَ فيه ، وقد مَرَّ وخَرَجَ بالمعلومِ ما لو أجَّلَ بمَجهولٍ كالحصادِ ، فلا تصِحُّ الكَفالَةُ .

(ولو ضَمِنَ الحال مُؤَجَّلا بأجَلٍ مَعلومٍ أو عَكَسَ) أي ضَمِنَ المُؤَجَّلَ حالاًّ (صحَّ) إذ الضَّمانُ تبرُّعٌ ، فيُحتمَلُ فيه اختلافُ الدَّيْنَيْنِ في الصِّفةِ لِلحاجةِ (ولَزِمَ الوفاءُ) في / الأُولى (بالتأجيلِ) فلا يُطالَبُ الضَّامِنُ إلا كما التزَمَ ، ولا نَقولُ ٢/٢٤٦
التحِقَ الأجَلُ بالدَّيْنِ الحالِّ ، وإنَّما ثبَت عليه مُؤَجَّلا ابتداءً ، ولا يبعُدُ الحُلولُ في حَقِّ الأصيلِ دونَ الكَفيلِ ، كما لو مات الأصيلُ (لا التعجيلِ) في الثانيةِ ، أي : لا يلزَمُ الضَّامِنَ الوفاءُ به ، كما لو التزَمَ الأصيلُ التعجيلَ ؛ ولأنَّه فرعُ الأصيلِ ، فينبَغي أنْ يكونَ مِثله ، قال في الأصلِ : وعلى هذا هل يثبُتُ الأجَلُ في حَقِّه

---

(١) (قوله : فكما سَبَقَ في المكانِ) فيُنظَرُ هل له غَرَضٌ في الامتناعِ كتأجيلِ الدَّيْنِ أو غيبةِ البيِّنَةِ أم لا غَرَضَ له .

(٢) (قوله : ولو ضَمِنَ الحال مُؤَجَّلا بأجَلٍ مَعلومٍ أو عَكَسَ صحَّ إلخ) يسألُ عن الفرقِ بين ذلك وبين ما إذا رَهَنَ عن الدَّيْنِ الحالِّ ، وشَرَطَ في الرَّهْنِ أجَلا لَم يصِحَّ ولا عَكسُه كما صَرَّحَ به الماورديُّ والضَّمانُ والرَّهْنُ كِلاهما وثيقَةٌ ، ولَعَلَّ الفرقَ أنَّ الرَّهْنَ عَيْنٌ فلا يدخُلُه التأجيلُ والحُلولُ ؛ لأنَّهما من تعلُّقات ما في الذِّمَمِ .

مَقصودًا أَمْ تبَعًا لِقَضاءِ حَقِّ المُشابَهَةِ وجهانِ (١) ، وتظهَرُ فائِدَتُهما فيما لو مات الأصيلُ ، والحالَةُ هذه .

ورَجَّحَ المُصَنِّفُ فيما يأتي أنَّه يحِلُّ عليه بموت الأصيلِ فالرَّاجِحُ الثاني كما قاله صاحِبُ التعجيزِ في شرحِه (٢) ، وعُلِمَ من كلامِ المُصَنِّفِ ، ما صَرَّحَ به أصلُه أنَّه لو ضَمِنَ الحال حالا أو أطلَقَ لَزِمَه حالاً أو المُؤَجَّلَ مُؤَجَّلا (٣) بأجَلِه أو أطلَقَ لَزِمَه لأجَلِه **(أو)** ضَمِنَ المُؤَجَّلَ مُؤَجَّلا **(بأجَلٍ أقصَرَ)** من الأجَلِ الأوَّلِ **(فكالمُؤَجَّلِ)** أي فكَضَمانِ المُؤَجَّلِ **(حالاً)** بعدَ مُضيِّ الأَقصَرِ ، فلا يلزَمُه الوفاءُ به **(ويحِلُّ عليه)** الدَّينُ **(بموت الأصيلِ)** (٤) مُطلَقًا في المُنظَرِ بها وبعدَ مُضيِّ الأقصَرِ في المُنظَرَةِ ، وعُلِمَ من كلامِه كأصلِه أنَّه لو أجَّلَ بأجَلٍ أطولَ لَزِمَه لأجَلِه ، وأنَّه لو تكَفَّلَ كَفالَةً مُؤَجَّلَةً ببَدَنِ مَنْ تكَفَّلَ بغيرِه كَفالَةً حالَةً صحَّ ، وهو ظاهِرٌ **(ولو تكَفَّلَ بالبدَنِ أو النفسِ أو الرُّوحِ)** أو الجِسمِ **(وكذا بعُضوٍ لا يبقَى)** الشخصُ **(دونَه كالرَّأسِ والقلبِ)** (٥) والكَبِدِ والدِّماغِ **(أو جُزءٍ شائعٍ كالرُّبعِ والثُّمُنِ صحَّ)** لأنَّه لا يُمكِنُ تسليمُ ذلك إلا بتسليمِ كُلِّ البدَنِ ، فكان كالتكَفُّلِ بكُلِّه ، ويجوزُ أنْ يُحتمَلَ فيه ما لا يُحتمَلُ في البيعِ ونحوِه لِلحاجةِ **(لا)** ما يبقَى الشخصُ دونَه **(كاليدِ والرِّجْلِ)** (٦)

---

(١) (قوله : وجهانِ) أصحُّهما ثانيهما .

(٢) (قوله : قال صاحِبُ التعجيزِ في شرحِه) وقال الزَّركَشيُّ : إنَّه الأقربُ وجَزَمَ به بعضُهم .

(٣) (قوله : أو المُؤَجَّلُ مُؤَجَّلا إلخ) يُشترَطُ في المُؤَجَّلِ مَعرِفتُه بقدرِ الأجَلِ ، ولو قال : كَفلت مُؤَجَّلا ، وقال المُستحِقُّ مُعَجَّلا ، وأقامَ كُلٌّ منهما شاهدًا فهل يكونُ مُؤَجَّلا أو يحلِفُ كُلٌّ مع شاهدِه ويتساقَطانِ ويبقَى مُؤَجَّلا قولانِ أصحُّهما ثانيهما .

(٤) (قوله : ويحِلُّ عليه بموت الأصيلِ) يحِلُّ على مَن مات دونَ مَن جُنَّ ويحِلُّ أيضًا باسترقاقِ الحربيِّ .

(٥) (قوله: كالرَّأس والقلب إلخ) قال الزَّركَشيُّ يُستثنَى من الأعضاءِ الوجه فإنَّ الكَفالَةَ به صحيحةٌ قَطعًا ؛ لأنَّه يُعَبَّرُ به عن الجُملَةِ قال تعالى : ﴿كُلُّ شيءٍ هالِكٌ إلا وجهَه﴾. ا هـ . قال في الأنوارِ : وإنْ قال : تكَفَّلت بيدِه أو رِجلِه أو وجهه أو عَينِه أو أُذنِه فسَدَتْ .

(٦) (قوله : لا ما يبقَى الشخصُ بدونه كاليدِ والرِّجْلِ) قال الرَّافِعيُّ : وفي قولِه لا يُعَبَّرُ باليدِ عن الجُملَةِ نِزاعٌ مَشهورٌ ، لأنَّه إذا أضاف الطَّلاقَ إلى اليدِ كان وُقوعُ الطَّلاقِ بطَريقِ التعبيرِ باليدِ عن الجُملَةِ في أحدِ الوجهَيْنِ قال صاحِبُ المَيدانِ : مُرادُ صاحِب الوجه المذكورِ أنَّ الرَّأسَ والرَّقبةَ كِلاهما يُعَبَّرُ عن الشخصِ نفسِه فيُقالُ : مِائَةُ رَأسٍ ومِائَةُ رَقبةٍ وورَدَ استعمالُ ذلك في القُرآنِ والسُّنَّةِ وأمَّا اليدُ فإنَّه لَم يُرِد فيها استعمالَ ذلك ، وإنْ صحَّ استعمالُه مجازًا وحينَئِذٍ فلا تنافي بين ما قالوه هنا وفي كِتاب الطَّلاقِ .

والوجه والعينِ وما نَقَله في الرَّوضَةِ عن الحاوِي من أنَّ العينَ كالرَّأسِ ليس فيه ، ولا يُساعِدُه عليه المعنَى ، نَعَم إنْ أُرِيدَ بها النفسُ صحَّ ؛ لكنَّه لا يُلائِمُ ما قَرَنَها به من الأعضاءِ التي لا يبقَى الشخصُ بدونِها ، أو الترجيحُ في الجُزءِ الشائِعِ وفي التفصيلِ في العُضوِ من زيادةِ المُصَنِّفِ ، وجَزَمَ به فيهما في الأنوارِ (١) ، ورَجَّحَه في الثاني في التنبيه ، وأقرَّه عليه النوويُّ ، في تصحيحِه ، وجَزَمَ به الصَّيمَريُّ وصحَّحَه الخوارِزميّ ، وحَكاه في الرَّوضَةِ عن قَطعِ الماورديّ .

(البابُ الثاني : في أحكامِه وهي ثَلاثةٌ)

(الأوَّلُ : مُطالَبةُ المُستحِقِّ لهما) أي : لِلضَّامِنِ والأصيلِ بأنْ يُطالِبَهما جَميعًا أو يُطالِبَ أيَّهما شاءَ بالجميعِ أو يُطالِبَ أحدَهما ببعضِه والآخَرَ بباقِيه ، أمَّا الضَّامِنُ فلِخَبَرِ «الزَّعيمُ غارِمٌ» (٢) وأمَّا الأصيلُ فلأنَّ الدَّينَ باقٍ عليه ، وتعبيرُه بالمُستحِقِّ أولى من تعبيرِ أصلِه(٣) بالمضمونِ له ؛ لِتناوُلِه الوارِثَ ، قال الماورديُّ : ولو أفلَسَ الضَّامِنُ والمضمونُ عنه ، فقال الضَّامِنُ لِلحاكِمِ : بع أوَّلًا مالَ المضمون عنه ، وقال المضمونُ له: أُرِيدُ أبيعُ مالَ أيِّكُما شِئْت، قال الشافِعيُّ: انْ كان الضَّمانُ(٤) بالإذنِ أُجيبَ الضَّامِنُ، وإلا فالمضمونُ له (فلو شَرَطَ) في الضَّمانِ (بَراءَةَ الأصيلِ بطَلَتْ) صيغَتُه لِمُنافاةِ الشرطِ مُقتضاها (وإنْ ضَمِنَ به) أي : بالدَّينِ والأولى ضَمِنَه (أو كَفَلَ) بالكَفيلِ كَفيلٌ (آخَرُ وبالآخَرِ آخَرُ وهَكَذا طالَبَهم) المُستحِقُّ بما التزَموا ، لأنَّ ذلك مُقتضَى الالتزامِ (فإنْ بَرِئَ الأصيلُ) بإبراءٍ أو أداء أو حَوالَةٍ منه
٢٤٧/٢ أو من المُستحِقِّ أو غيرِها (بَرِءُوا) (٥) كُلُّهم لِسُقوطِ الحقِّ / (أو) بَرِئَ (غيرُه) أي

---

(١) (قوله : وجَزَمَ به فيهما صاحِبُ الأنوارِ) أي وغيرُه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) (قوله : وتعبيرُه بالمُستحِقِّ أولى من تعبيرِ أصلِه إلخ) أمَّا المُحتالُ فليس له مُطالَبةُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ ذمَّته قد بَرِئَت بالحوالَةِ نَعَم المضمونُ لا يشمَلُ مَن يرجِعُ له الضَّمانُ في الظَّاهرِ ومَن يثبُتُ له الدَّينُ في الباطِنِ ، وتعبيرُ المُصَنِّفِ لا يدُلُّ إلا على مَن يثبُتُ له الدَّينُ باطِنًا ، وأفتى ابنُ الصَّلاحِ فيمَنْ ضَمِنَ دَينًا لآخَرَ ثم أقرَّ من الدَّينِ باسمِه أنَّه ليس له ، وإنَّما هو الثالِثُ فهل لِمَنْ ثبَت له الدَّينُ بهذا الإقرارِ أنْ يُطالِبَ الضَّامِنَ المذكورَ بأنَّ له المُطالَبةَ مع أنَّه ليس بمُستحِقٍّ في نفسِ الأمرِ .

(٤) (قوله : قال الشافِعيُّ إنْ كان الضَّمانُ إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : فإنْ بَرِئَ الأصيلُ بَرِءُوا) استثنَى في الخادِمِ ما لو جَنَى عبدٌ على حُرٍّ جِنايةً ......=

غيرُ الأصيلِ من المُلتزمينَ بإبراءٍ (بَرِئَ) هو (ومَنْ بعدَه) لأنَّه فرعُه فيبرأُ ببَراءَته [(١)] (لا من قبلِه) لأنَّ الأصيلَ لا يبرأُ ببَراءَةِ فرعِه ؛ لأنَّها سُقوطُ توثِقَةٍ ، فلا يسقُطُ بها الحقُّ كَفكِّ الرَّهنِ ، أمَّا بَراءَتُه بغيرِ الإبراءِ فيبرأُ بها من قبلِه أيضًا (ويحِلُّ المُؤَجَّلُ) في غيرِ ما مَرَّ في الضَّمانِ المُؤَجَّلِ حالاًّ أو مُؤَجَّلا بأقصَرَ (على مَنْ مات منهما) [(٢)] ولو عبدًا مَأذونًا له لِخَراب ذمَّته (فقط) أي دونَ الآخَرِ ؛ لارتفاقِه بالأجَلِ بخلافِ الميِّت ، ويُستثنَى مع ما ذكرته ما أفتى به ابنُ الصَّلاحِ من أنَّه[(٣)] لو رَهَنَ مِلكَه بدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ لِغيرِه لم يحِلَّ الدَّيْنُ بموته ؛ لأنَّه ضَمانُ دَيْنٍ في عَيْنٍ لا في ذمَّته ، وهو قَضيَّةُ التعديلِ بخَراب الذِّمَّةِ .

(ولِلضَّامِنِ) بالإذنِ (مُطالَبةُ المُستحِقِّ بإبرائِه ، أو طَلَب حَقِّه من التركَةِ) أي : تركَةِ الأصيلِ ؛ لأنَّها قد تتلَفُ فلا يجِدُ مَرجِعًا إذا غَرِمَ (وليس لِورَثَةِ ضامِنٍ سَلَّموا) الدَّيْنَ من تركَته لِمُستحِقِّه (مُطالَبةٌ) لِلمَضمونِ عنه (قبلَ الحُلولِ[(٤)] لِلدَّيْنِ) .

= أرشُها مَثَلا دينارٌ فضَمِنَه السَّيِّدُ لِلمَجنيِّ عليه ثم رُهِنَ العبدَ عندَه على الدِّينارِ فذكرَ صاحِبُ الاستقصاءِ عن الإيضاحِ لِلصَّيمَريِّ إن كان المجنيُّ عليه قد أبرأَ العبدَ من ضَمانِ الجِنايةِ أي بعدَ أنْ ضَمِنَه السَّيِّدُ جازَ رَهنُه وإنْ لَم يكُن أبرأَه من ضَمانِها لَم يجُز ؛ لأنَّ العبدَ يكونُ رَهنًا بالجِنايةِ ، وإنَّما تأكَّدَ به ذلك بضَمانِ السَّيِّدِ ، وإذا عَلِمت هذا فالسَّيِّدُ ضامِنٌ ، ولا يبرأُ بإبراءِ العبدِ (قوله أو غيرُه بَرِئَ ومَن بعدَه لا مَن قبله) ولو أبرأَ الضَّامِنَ لَم يبرأ الأصيلُ ؛ لأنَّ إبراءَه إسقاطٌ لِلوثيقَةِ ، وهي لا تقتضي سُقوطَ أصلِ الدَّيْنِ قال في الخادِمِ : أطلَقَ الإبراءَ ولَم يُبَيِّن أنَّه إبراءٌ من الضَّمانِ أو الدَّيْنِ لكنَّ تعليله يُرشِدُ إلى أنَّ المُرادَ إبراؤُه من الضَّمانِ أمَّا إذا أبرَأَه من الدَّيْنِ فينبَغي أن يبرأَ الأصيلُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ واحدٌ وإنَّما تعَدَّدَتْ مَحالُّه ولَم أرَ لهم فيه تصريحًا قال شيخُنا لا يُنافيه ما سَيأتي في كلامِ الشارِحِ أنَّه لو أدَّى بعضَ الدَّيْنِ وأبرأَه من باقِيه لَم يبرأْ ؛ لأنَّه ليس فيه تصريحٌ في البراءَةِ من الدَّيْنِ ؛ لأنَّ اللَّفظَ يحتمِلُ الإبراءَ من الوثيقَةِ ، ولا ما في عِبارَةِ الشارِحِ المحَلِّيِّ لِتنزيلِها على غيرِ هذه الحالَةِ .

(١) (قوله : لأنَّه فرْعَه فيبرأُ ببَراءَته) ؛ لأنَّ الفرعَ يسقُطُ بسُقوطِ أصلِه كما ينفكُّ الرَّهنُ بالبراءَةِ .

(فرعٌ) لو وكَّلَ رَبُّ الدَّيْنِ الضَّامِنَ في أن يُبرِئَ الأصيلَ صحَّ وبرِئا جميعًا ، وإنْ وكَّلَ الأصيلَ في أن يُبرِئَ الضَّامِنَ صحَّ وبَرِئَ دونَ الأصيلِ .

(٢) (قوله : ويحِلُّ المُؤَجَّلُ على مَن مات منهما) مِثلُ الموت الاسترقاقُ .

(٣) (قوله : ما أفتى به ابنُ الصَّلاحِ من أنَّه إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه وكَتبَ عليه وجَزَمَ به ابنُ الصَّبَّاغِ .

(٤) (قوله : وليس لِورَثَةِ ضامِنٍ سَلَّموا مُطالَبةٌ قبلَ الحُلولِ) قال البُلقينيُّ : ليس دَيْنٌ ....=

(الحُكْمُ الثاني) في مُطالَبةِ الضَّامِنِ الأصيلَ بالأداءِ وعَدَمِها مع ما ذُكِرَ معها

(لِلضَّامِنِ بالإذنِ) من الأصيلِ (المُطالَبةُ) له (بخَلاصِه) بأن يُؤَدِّي الحقَّ لِمُستحِقِّه ليبرأَ هو ببَراءَته (إنْ طولِبَ) به كما أنَّه يغرَمُه إذا غرِمَ بخلافِ ما إذا لم يُطالَب به ليس له ذلك ، لأنَّه لم يغرَم شيئًا ، ولا طولِبَ بشيءٍ بخلافِ المُعيرِ لِلرَّهنِ له طلَبُ فكِّه ، كما مَرَّ ، لأنَّه محْبوسٌ عنه بالحقِّ وفيه ضَرَرٌ ظاهرٌ[1] قال في المطلَب : ولو كان الأصيلُ مَحْجورًا عليه لِصِبًا فلِلضَّامِنِ بإذنِ وليِّه إنْ طولِبَ طلَبُ الوليِّ بتخليصِه ما لم يزُل الحجْرُ ، فإنْ زالَ توجَّهَ الطَّلَبُ على المحْجورِ عليه ، ويُقاسُ بالصَّبيِّ المجْنونُ والمحْجورُ عليه بسَفهٍ سَواءٌ أكان الضَّمانُ بإذنِهما قبلَ الجُنونِ والحجْرِ أم بإذنِ وليِّهما بعدُ (لا) المُطالَبةُ (بالمالِ) ليدفعَه أو بَدَله لِلمُستحِقِّ (ما لم يُسَلِّمْ ولو حبَسَ) إذ لم يفُتْ عليه قبلَ تسليمِه شيءٌ ، والتصريحُ بأنَّه لا يُطالَبُ به حُبسَ أو لم يُحْبَس من زيادَته ، وفُهِمَ منه بالأَولى أنَّه ليس له حَبسُ الأصيلِ ، وإنْ حُبسَ [٢] قال في المطلَب : ولا مُلازَمَتُه ، إذ لا يثْبُتُ له حَقٌّ على الأصيلِ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ ، وفي نُسخةٍ ، ولو حُبسَ لم يحْبسه ، وهي الموافِقةُ لِلأصلِ ، لكنَّ الأُولى أكثرُ فائِدَةً ، واستُشكِلَ عَدَمُ جَوازِ حَبسِه لـه ، وإنْ حُبسَ بأنَّه لا فائِـدَةَ في المُطالَبةِ بخَلاصِه حينَئذٍ ، لأنَّه لا يُبالي بها . وأُجيبَ بأنَّ فائِدَتها لا تنْحَصِرُ في ذلك بل من فوائِدِها إحضارُه مَجْلِسَ الحُكْمِ ، وتفسيقُه إذا امتنَعَ بدَليلِ أنَّ لِلولَدِ مُطالَبةَ والِدِه بدَيْنِه [٣] ، وليس له حَبسُه ، أمَّا إذا سَلَّمَ فله مُطالَبَتُه وحَبسُه ومُلازَمَتُه ، ولو دَفعَ إليه الأصيلُ المالَ بلا مُطالَبةٍ ، وقُلنا : لا يملِكُه أي وهو الأصحُّ فعليه رَدُّه ، ويضمَنُه إنْ هَلَكَ كالمقبوضِ بشِراءٍ فاسِدٍ فلو قال له : اقضِ به ما ضَمِنت عَنِّي فهو وكيلٌ ،

= يثْبُتُ بغيرِ عَقدٍ ، ولا إتلافِ مُؤَجَّلا إلا في هذه الصُّورَةِ ، وعلى قِياسِه لو قال لِغيرِه : أَدِّ دَيْني إذا حَلَّ فأدَّاه قبلَ الحُلولِ لَم يكُنْ له أنْ يرجِعَ حتى ينقَضِيَ الأجَلُ ، ويُحْتَمَلُ أنْ يُقال : لا يرجِعُ بالكُلِّيَّةِ ، لأنَّه مُتبَرِّعٌ ، وهو بَعيدٌ .

(١) (قوله : وفيه ضَرَرٌ ظاهرٌ) أي بفوات يدِ مالِكِه عنه ومَنعِه من تصَرُّفِه فيه .

(٢) (قوله : إنَّه ليس له حَبسُ الأصيلِ ، ولو حُبسَ) قال في الأنوارِ : لكن له أنْ يقولَ : احبسوا الأصيلَ مَعي قال شيخُنا : لَعَلَّه من باب إرهاقِه إلى خَلاصِه عندَ تعَيُّنِه طَرِيقًا له حيثُ غَلَبَ على ظَنِّه مُعانَدَتُه له كا .

(٣) (قولـه : بدَليلِ أنَّ لِلولَدِ مُطالَبةَ والِدِه بدَيْنِه) وليس له حَبسُه ، وأنَّ لِسَيِّدِ المُكاتب مُطالَبَته بدَيْنِ الكِتابةِ ، وليس له حَبسُه عليه .

والمالُ أمانَةٌ في يدِه (١) صَرَّحَ بذلك الأصلُ في النُّسَخِ المعتَمدَةِ (ولو أبرأَ الضَّامِنُ الأصيلَ أو صالحَه عمَّا سَيغْرَمُ) فيهما (أو رَهَنَه الأصيلُ) شيئًا بما ضَمِنَه (أو كَفلَ) أي أقامَ به كَفيلا (لَم يصِحَّ) لِما مَرَّ من أنَّه لا يثْبُتُ لِلضَّامِنِ عليه حَقٌّ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ وعَبَّرَ الأصلُ بَدَلَ كَفلَ يضمَنُ ، وكُلٌّ صحيحٌ (ولو شَرطَه) أي شَرطَ الضَّامِنُ (في) ابتداءِ (الضَّمانِ) أن يرهَنَه الأصيلُ شيئًا بما يضمَنُه ، أو يُقِيمَ له به ضامِنًا (فسَدَ) الضَّمانُ لِفسادِ الشرطِ ، وشُمولُ كلامِه لِشرطِ الرَّهْنِ من زيادَتِه وقولُه : أو صالحَه عمَّا سَيغرَمُ أعَمُّ من قولِ أصلِه : صالحَه عن العشَرَةِ التي سَيغرَمُها على خَمسَةٍ .

(الحُكمُ الثالِثُ الرُّجوعُ) :

(ولا يرجِعُ ضامِنٌ بغيرِ إذنٍ) من الأصيلِ (٢) سَواءٌ أدَّى بإذنِه ، لأنَّ الغُرمَ بالضَّمانِ ، ولَم يأذَنْ فيه أم بغيرِ إذنِه لِتبَرُّعِه ولأنَّه لو كان له الرُّجوعُ لَما صَلَّى النبيُّ ﷺ على الميِّت بضَمانِ أبي قَتادَةَ لِبَقاءِ الحقِّ (و) لا (مُتبَرِّعٍ) بالأداءِ بأنْ (أدَّى بلا إذنٍ) لِتبَرُّعِه بخلافِ مَنْ أوجَرَ طَعامَه لِمُضطَرٍّ لِوُجوبه عليه / إبقاءً لِلمُهجَةِ ، (فلو أدَّيا) أي الضَّامِنُ بغيرِ إذنٍ والمُتبَرِّعُ بالأداءِ (بالإذنِ رَجَعَ المتبَرِّعُ) لِلعُرفِ في المُعامَلات ، وفارَقَ نَظِيرَه في مَسألَةِ الغسَّالِ ونحوِه بأنَّ المُسامَحةَ في المنافِعِ أكثرُ منها في الأعيانِ ، ومُرادُه بهذا المتبَرِّعُ المُؤَدِّي بلا ضَمانٍ وإلا فالمأذونُ له غيرُ مُتبَرِّعٍ ففي إطْلاقِ المُتبَرِّعِ عليه تجَوُّزٌ (لا الضَّامِنُ) أي لا يرجِعُ كما قَدَّمَه (٣) ، وكأنَّه أعادَه ليستثني منه قولَه (إلا إن أدَّى بشرطِ الرُّجوعِ) فيرجِعُ(٤) كَغيرِ الضَّامِنِ ولو أدَّى ٢٤٨/٢

---

(١) (قوله : فهو وكيلٌ ، والمالُ أمانَةٌ في يدِه) قال البُلقِينيُّ : لو كان الضَّامِنُ وكيلَ صاحِبِ الدَّينِ في القبضِ فيلزَمُ من ذلك أنَّه إذا أقبَضَه لِموكِّلِه كان أمينًا وقد كَتبت عليها فتوى في الوكالَةِ .

(٢) (قوله : ولا يرجِعُ ضامِنٌ بغيرِ إذنٍ من الأصيلِ) شَمِلَ ما إذا أذنَ له المديونُ في أداءِ دَيْنِه فضَمِنَه وأدَّى من جِهَةِ الضَّمانِ ، وما لو قال : أدِّ عَنِّي ما ضَمِنتَه لِترجِعَ به عليَّ قال شيخُنا : عُلِمَ منه أنَّه في الصُّورَةِ الأخيرَةِ لو أدَّى عن جِهَةِ الإذنِ رَجَعَ قولُه : لِلعُرفِ في المُعامَلات) ولأنَّه صَرَف مالَه إلى مَنفعَةِ الغيرِ بإذنِه فأشبَهَ ما لو قال : اعلِفْ دابَّتي فعلَها في مِلكِ المُؤَدَّى عنه .

(٣) (قوله : أي لا يرجِعُ كما قَدَّمَه) ما قَدَّمَه إنَّما هو عندَ انتفاءِ الإذنِ في الضَّمانِ والأداءِ .

(٤) (قوله : إلا إن أدَّى بشرطِ الرُّجوعِ فيرجِعُ) أي في المِثليِّ بالمِثلِ ، والمُتقَوَّمُ حُكمُه حُكمُ القرضِ فيرجِعُ بالمِثلِ الصُّوريِّ على الأصحِّ ذكرَه الأذرَعيُّ وقد صَرَّحَ الرَّافِعيُّ بعدَ هذا ....=

الـوليُّ دَيْـنَ مَحْـجورٍ بنيَّـةِ الـرُّجوعِ أو ضَمِنَـه عنـه كذلـك رَجَعَ قالـه القفَّـالُ وغـيرُه **(والضَّامِنُ بالإذْنِ يرجعُ** (١) **، ولو أدَّى بلا إذْنٍ)** لأنَّه أذنَ في سَبَبِ الأداءِ نَعَم إنْ ثَبَت الضَّمانُ بالبيِّنَةِ وهو مُنكِرٌ كأنِ ادَّعَى على زَيْدٍ وغائِبٍ ألفًا ، وأنَّ كُلاًّ منهما ضَمِنَ ما على الآخرِ بإذْنِه فأنكرَ زَيْدٌ فأقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً ، وغَرَّمَه لم يرجع زَيْدٌ على الغائِب بالنِّصْفِ لكونِه مُكذِّبًا لِلبَيِّنَةِ ، فهو مَظْلومٌ بزَعمِه فلا يرجِعُ على غيرِ ظالِمِه (٢) كما سَيأتي ، وحيثُ ثَبَت الرُّجوعُ فحُكْمُه حُكْمُ القرضِ حتى يرجِعَ في المتقوِّمِ بمِثْلِه صورَةً ، ومَحَلُّ رُجوعِ الضَّامِنِ إذا أدَّى من مالِه (٣) لا من سَهمِ الغارِمينَ كما قَدَّمَه في قَسْمِ الصَّدَقات .

= بأنَّ الأداءَ في ضِمنِه إقراضُ المُؤدَّى عنه ، وقال القموليُّ : فإنْ كان المضمونُ مِثليًّا رَجَعَ بمِثْلِه وإنْ كان مُتقوِّمًا رَجَعَ بمِثْلِه أو بقيمَته فيه وجهانِ كالقرضِ .

(١) (قوله : والضَّامِنُ بالإذْنِ يرجعُ) لو نَهاه عن الأداءِ قال الإسنَويُّ : يتَّجِه أنَّه إنْ نَهاه بعدَ الضَّمانِ لَم يُؤثِّر أو قبله فإنِ انفصَلَ عن الإذْنِ فهو رُجوعٌ أو اتَّصَلَ به أو أفسَدَه ، وقولُه : قال الإسنَويُّ يتَّجِه إلخ أشارَ إلى تصحيحِه

(فرعٌ) قال جَلالُ الدِّينِ البُلقِينيُّ : لو أذنَ إنسانٌ في الضَّمانِ فقال الضَّامِنُ لِلَّه عليَّ أن أُؤدِّي دَيْنَ فُلانٍ فإذا طولِبَ وأدَّى هل يرجِعُ لَم نَرَ مَنْ تعَرَّضَ لِذلك ، وقِياسُ الفِقه يقتضي أنْ لا رُجوعَ ، لأنَّه إنَّما أدَّى تقرُّبًا إلى الله - تعالى ، ووفاءً بنَذْرِه لا عن جِهَةِ الضَّمانِ ، وهو فرعٌ حَسَنٌ فليُتأمَّل . ا هـ . أمَّا لو قال الضَّامِنُ بالإذْنِ : لِلَّه عليَّ أنْ أُؤدِّي دَيْنَ فُلانٍ ولا أرجِعَ به فلا يرجِعُ به ، وهذا ظاهِرٌ قال شيخُنا ووجهه أنَّه صارَ قُربةً مُستحَبَّةً تنعَقِدُ بالنذْرِ ، وما ذكرَه الجلالُ البُلقِينيُّ إنْ حُمِلَ على نَذْرٍ صَدرَ منه بعدَ إذْنِ الأصيلِ وقبلَ الضَّمانِ أو بعدَهما وقَصَدَ بالأداءِ غيرَ جِهَةِ الضَّمانِ فظاهِرٌ ، وإلا فهو مَردودٌ بأنَّه بعدَ الضَّمانِ صارَ الدَّيْنُ لازِمًا له فنَذْرُ أدائِه من باب نَذْرِ الواجِب وهو غيرُ صحيحٍ كا .

(تنبيهٌ) ولو ضَمِنَ عبدٌ دَيْنًا على سَيِّدِه بإذْنِه وأدَّاه ، ولو بعدَ عِتقِه لَم يرجِع به عليه ولو ضَمِنَ السَّيِّدُ دَيْنًا على عبدِه غيرِ المُكاتب بإذْنِه وأدَّاه قبلَ عِتقِه ، أو على مُكاتبه بإذْنِه وأدَّاه بعدَ تعجيزِه لَم يرجِع ، ولو ضَمِنَ فرعٌ عن أصلِه صَداقَ زَوجَته بإذْنِه ثم طَرَأَ إعسارُه بحيثُ وجَبَ الإعفافُ قبلَ الدُّخولِ ، وامتنَعَت الزَّوجةُ من تسليمِ نفسِها حتى تقبضَ الصَّداقَ فأدَّاه الضَّامِنُ فإنَّه لا يثْبُتُ له الرُّجوعُ ولو أيسَرَ المضمونُ وكذا لو ضَمِنَه عنه عندَ وُجوب الإعفافِ بإذْنِه ثم أدَّى .

(٢) (قوله : فهو مَظْلومٌ بزَعمِه فلا يرجِعُ على غيرِ ظالِمِه) مِثْلُه لو قال الضَّامِنُ : أقبَضَك الأصيلُ ، وأنكرَ الأصيلُ ولَم يثْبُتْ ، وسَلَّمَ الضَّامِنُ .

(٣) (قوله : ومَحَلُّ رُجوعِ الضَّامِنِ إذا أدَّى من مالِه) أي ولَم يقصِد الأداءَ عن غيرِ جِهَةِ الضَّمانِ .

(فرعٌ : من الأداءِ أن يُحيلَ الضَّامِنُ) المُستحِقَّ على غيرِه (أو يُحالُ عليه [(١)] أو يصيرَ) الحقُّ (إرثًا له أو يُصالِحَ عنه) المُستحِقَّ بعِوضٍ فيرجِعَ به الضَّامِنُ بالإذنِ عندَ كُلٍّ منها دونَ الضَّامِنِ بغيرِ الإذنِ على ما مَرَّ إلا في صيرورَته إرثًا له فإنَّه يرجِعُ به مُطلَقًا [(٢)] لكونِه صارَ له وهو باقٍ في ذمَّةِ الأصيلِ .

(فلو صالحَ) الضَّامِنُ المُستحِقَّ (عن الألفِ) المضمونةِ (بعبدٍ [(٣)] رَجَعَ بأقلِّ الأمرَيْنِ) / من الألفِ وقِيمَةِ العبدِ يومَ الأداءِ ، وقِس عليه فلو صالحَه عن عَشَرَةِ دراهمَ بثَوبٍ قِيمَتُه خَمسَةٌ أو من خَمسَةِ دراهمَ بثَوبٍ قِيمَتُه عَشَرَةٌ فلا يرجِعُ إلا بخَمسَةٍ ٢٤٩/٢

---

(١) (قوله : فرعٌ من الأداءِ أن يُحيلَ الضَّامِنُ أو يُحالُ عليه) قال جَلالُ الدِّينِ البُلقِينيُّ : لو أبرأَ المُحتالُ الضَّامِنَ فهذه فيها وقفةٌ كَبيرَةٌ يجوزُ أن يُقال : لا يرجِعُ ، لأنَّه لَم يغرَم شيءً ، ويجوزُ أن يُقال بالرُّجوعِ ، لأنَّ هذا إبراءٌ من غيرِ صاحِب الدَّيْنِ ، وهو المضمونُ له وهذا الثاني أرجَحُ ، قال شيخُنا : لا يُنافي ذلك قولهم : قَرينَةٌ أنَّ من الأداءِ الحوالَةَ ، لأنَّه وإن ثَبَت بها الرُّجوعُ فمَحَلُّه له حيثُ لَم يُبرِئ المُستحِقُّ الضَّامِنَ فإن أبرأَه تبَيَّنَ أنَّه لَم يغرَم شيئًا ، وقولُه : يجوزُ أن يُقال : لا يرجِعُ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : إلا في صيرورَته إرثًا له فإنَّه يرجِعُ به مُطلَقًا إلخ) قال في الخادِمِ : يُمكِنُ تنزيلُ كلامِ الرَّافِعِيِّ على صورَتينِ : إحداهما : أن يدفعَ الضَّامِنُ الدَّيْنَ لِلمَضمونِ له ثم مات فورِثَه الضَّامِنُ قبلَ الرُّجوعِ فإنَّه لا يمتنِعُ عليه الرُّجوعُ بسَبَب عودِه إليه ، وليس لِلأصيلِ أن يقولَ : أنت لَم تغرَم شيئًا ، لأنَّ الدَّيْنَ الذي دَفعته عادَ إليك ، لأنَّ لِلضَّامِنِ أن يقولَ : اختلَف السَّبَبُ لأنِّي دَفعته بسَبَب الضَّمانِ ، وصارَ إليَّ بسَبَب الإرثِ ، وذلك لا يمنَعُ الرُّجوعَ ، وتعبيرُ الرَّافِعِيِّ بالصَّيْرورَةِ دونَ الانتقالِ صَريحٌ في ذلك ، ويُقاسُ بذلك الصُّورَةُ التي ذكرَها الرَّافِعِيُّ بعدَ هذا بورَقَتينِ فيما لو أدَّى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ثم وهَبَه رَبُّ المالِ له ففي رُجوعِه على الأصيلِ وجهانِ مَبنيَّانِ على ما لو وهَبَت الصَّداقَ من الزَّوجِ ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ والأصحُّ الرُّجوعُ والتعبيرُ بالصَّيْرورَةِ يشمَلُ ذلك وكذلك الصَّداقُ وسائِرُ التمليكات ، لأنَّ الصَّيْرورَةَ مَعناها ذَهابُ الشيءِ ، وعَودُه إلى ما كان الثانيةُ : ضامِنُ الضَّامِنِ إذا ورِثَ دَيْنَ المضمونِ له فإنَّه ينتقِلُ إليه الدَّيْنُ الذي على المضمونِ عنه بجِهَةِ الإرثِ ، ويبرأُ هو من الضَّمانِ لانتقالِ الحقِّ إليه فتُنَزَّلُ بَراءَةُ ذمَّته بالإرثِ مَنزِلَةَ بَراءَته بالأداءِ ، فيرجِعُ حينَئِذٍ على الضَّامِنِ إن ضَمِنَ بإذنِه ، وإلا فلا ولا يجيءُ هذا في الضَّامِنِ لِرَبِّ الدَّيْنِ ، إذ لا واسِطَةَ يرجِعُ إليه بجِهَةِ الضَّمانِ بخلافِ هذه الصُّورَةِ ، ولا يخفى ما في هاتينِ الصُّورَتينِ من الخُروجِ عن ظاهرِ اللَّفظِ . ا هـ . وتبعَه ابنُ العِمادِ .

(٣) (قوله : فلو صالحَ عن الألفِ المضمونةِ بعبدٍ إلخ) شَمِلَ دَيْنَ السَّلَمِ ، لأنَّ الصُّلحَ لَم يقَع عنه ، وإنَّما وقَعَ عن نَظِيرِه ، وكذلك الاعتياضُ عنه ، وسَيأتي أنَّه لو قال : بعتُك العبدَ بما ضَمِنته لَك صَحَّ في الأصحِّ وأنَّه يرجِعُ بما ضَمِنَه ولو كان قرضًا لَرَجَعَ بما باعَ به هَكذا بَياضٌ بالأصلِ .

لأنَّها المغرومَةُ في الأُولى ، ولِتبَرُّعِه بالزَّائِدِ عليها في الثانيةِ (ولو باعَه العبدُ بالدَّيْنِ) الذي ضَمِنَه (رَجَعَ بالدَّيْنِ) على الأصيلِ ، ويُقَدَّرُ أنَّه دَخَلَ بالبيعِ في مِلكِه ثم انتقَلَ إلى مِلكِ المُستحِقِّ ، وفُهِمَ مِمَّا قاله بالأُولى ما صَرَّحَ به الأصلُ أنَّه لو باعَه بألفٍ وتقاصَّا رَجَعَ بالألفِ ، وما قاله في الأُولى هو ما اختارَه النوويُّ من وجهَيْنِ ذكرَهما الرَّافِعِيُّ ، قال الأذرَعِيُّ : وليس بظاهرٍ . ولِهذا قال السُّبكِيُّ : الوجه أنَّه يرجِعُ بالأقلِّ كما في مَسألَةِ الصُّلحِ ، وإلا فما الفرقُ [1] ، وذكرَ نحوه الشيخُ نورُ الدِّينِ الأردَبيليُّ فيما شَرَحَه على المنهاج ، والأمرُ كما قالا . انتهى .وقد يُفرَّقُ بما يأتي في مَسألَةِ الصُّلحِ الآتيةِ وفيه نَظَرٌ (ولو أدَّى مُكَسَّرَةً عن صِحاحٍ رَجَعَ بالمُكَسَّرَةِ) لأنَّها التي غَرِمَها (لا عَكْسُه) بأنْ أدَّى صِحاحًا عن مُكَسَّرَةٍ فلا يرجِعُ بالصِّحاحِ لِتبَرُّعِه بالزَّائِدِ ، نَعَم إنْ تساوتْ قِيمَتُهما فظاهرٌ أنَّه يرجِعُ بما شاءَ منهما .

(مَسائِلُ) تتعَلَّقُ بالرُّجوعِ

لو (صالحَه) أي المُستحِقَّ (الضَّامِنُ) من الدَّيْنِ (على البعضِ) منه (أو أدَّى البعضَ) له (وأبرَأه) المُستحِقُّ (من الباقِي رَجَعَ بما أدَّى) وبَرِئَ فيهما (بَرِئَ الأصيلُ عن الباقِي في صورَةِ الصُّلحِ فقَطْ) أي لا في صورَةِ البراءَةِ ؛ لأنَّ بَراءَةَ الضَّامِنِ لا تستلزِمُ بَراءَةَ الأصيلِ ، وإنَّما بَرِئَ في تلك ، وإنْ كان صُلحُ الحطيطَةِ إبراءً في الحقِيقَةِ ؛ لأنَّ لَفظَ الصُّلحِ يُشعِرُ بقَناعَةِ المُستحِقِّ بالقليلِ عن الكثيرِ نَقَله الرَّافِعِيُّ عن البغَوِيِّ والمُتولِّي ثم نَظَرَ فيه بأنَّه مُسَلَّمٌ فيمَنْ جَرَى الصُّلحُ معه لا مُطلَقًا ، وفرَّقَ غيرُهم بأنَّ الصُّلحَ يقَعُ عن أصلِ الدَّيْنِ ، وبَراءَةُ الضَّامِنِ إنَّما تقَعُ عن الوثيقَةِ .

(ولو ضَمِنَ ذمِّيٌّ لِذمِّيٍّ عن مُسلِمٍ دَيْنًا فصالحَ صاحِبَه على خَمرٍ لَغا) الصُّلحُ لِما سَيأتي أنَّ أداءَ الضَّامِنِ لِلمُستحِقِّ يتضَمَّنُ إقراضَ الأصيلِ ما أدَّاه وتمليكَه إيَّاه ، وهو مُتعَذِّرٌ هنا فلا يبرأُ المُسلِمُ كما لو دَفَعَ الخمرَ بنفسِه

(ولو وهَبَ) المُستحِقُّ (لِلضَّامِنِ ما أدَّى) له (رَجَعَ به) كما لو وهَبَت الصَّداقَ لِلزَّوجِ [2] ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ يرجِعُ عليها بنِصْفِه ، ولو قال المُستحِقُّ

---

(١) (قوله : وإلا فما الفرقُ) فرَّقَ الغزِّيُّ بأنَّه في البيعِ قابَله بالدَّيْنِ فكأنَّه وزَنَه وفي المُصالحَةِ سامَحَه بتركِ بعضِ الحقِّ . ا هـ . وضعَّفَه والِدي بأنَّ الصُّلحَ بَيْعٌ أيضًا ف س .

(٢) (قوله : كما لو وهَبَت الصَّداقَ لِلزَّوجِ إلخ) بناءً على أنَّ الزَّائِدَ العائِدَ كالذي لَم يعُد .

لِلضَّامِنِ : وهَبتُكَ الدَّينَ الذي ضَمنته لي كان كالإبراءِ فلا رُجوعَ .

(ولو ضَمِنَ رَجُلٌ عن الضَّامِنِ وأدَّى) الدَّينَ لِلمُستحِقِّ (فرُجوعُه) إن ثَبَت له الرُّجوعُ (عليه) أي على الضَّامِنِ الأوَّلِ لا على الأصيلِ ، وصَرَّحَ الأصلُ بأنَّه إذا لم يَثبُتْ له الرُّجوعُ على الأوَّلِ لم يَثبُتْ بأدائِه الرُّجوعُ لِلأوَّلِ على الأصيلِ ، لأنَّه لم يَغرَم ، وبأنَّه إذا ثَبَت له الرُّجوعُ على الأوَّلِ فرَجَعَ رَجَعَ الأوَّلُ على الأصيلِ بشرطِه ، وبأنَّه لو ضَمِنَ شَخصٌ الضَّامِنَ بإذنِ الأصيلِ رَجَعَ عليه كما لو قال لِغيرِه : أدِّ دَيْني فأدَّاه وبأنَّه لو ضَمِنَ عن الأصيلِ بإذنِه رَجَعَ مَنْ أدَّى منهما عليه لا على الآخَرِ (١) ، وصَرَّحَ المُصَنِّفُ أيضًا ببعضِ ذلك في بعضِ النُّسَخ فقال في نُسخَةٍ : فرُجوعُه عليه كرُجوعِ الضَّامِنِ الأوَّلِ على الأصيلِ فلو ضَمِنَ الفرعُ بإذنِ الأصيلِ رَجَعَ عليه ، وفي أُخرَى يدُلُّ هذا الأخيرُ فلو ضَمِنَ الفرعُ عن الأصيلِ بإذنِه رَجَعَ عليه (أو) ضَمِنَ (عنهما) (٢) أي عن الضَّامِنِ والأصيلِ (بإذنِهما) وأدَّى (رَجَعَ على مَنْ شاءَ) منهما بما شاءَ (٣) .

(وإنْ ضَمِنَ اثنانِ عن رَجُلٍ عَشَرَةً) بأنْ ضَمِنَ (كُلٌّ) منهما (خَمسَةً وتضامَنا فسَلَّمَ أحدُهما العشَرَةَ طالَبَ الأصيلَ بخَمسَةٍ وصاحِبَه بخَمسَةٍ) وليس له الرُّجوعُ بالجميعِ على أحدِهما إلا أن يكونَ الأصيلُ أذنَ له في الضَّمانِ الآخَرِ فيرجِعُ عليه به . (ولو) وفي نُسخَةٍ «وإن» (أدَّى) أحدُهما (خَمسَةً رَجَعَ على مَنْ أدَّاها عنه) منهما ، أو من أحدِهما .

(فرعٌ) لو قالا : ضَمِنَّا العشَرَةَ فهل يكونُ كُلٌّ منهما ضامِنًا لِكُلِّها كما لو قالا : رَهَنَّا عبدَنا هذا بالألفِ (٤) التي لَك على فُلانٍ فإنَّ حِصَّةَ كُلٍّ منهما رَهنٌ بجَميعِ الألفِ (٥) أو لِنِصفِها كَقولِهما : اشترَيْنا ....

---

(١) (قوله : وبأنَّه لو ضَمِنَ عن الأصيلِ بإذنِه رَجَعَ مَن أدَّى منهما عليه لا على الآخَرِ) صورَتُها أن يضمَنَ عن الأصيلِ وحدَه مع وُجودِ الضَّامِنِ الأوَّلِ .

(٢) (قوله : أو ضَمِنَ عنهما) إمَّا على الترتيب أو دَفعَةً .

(٣) (قوله : رَجَعَ على مَنْ شاءَ منهما) وظاهرٌ أنَّ مَحَلَّه إذا لَم يقصِد الأداءَ عن أحدِهما وإلا رَجَعَ عليه دونَ الآخَرِ .

(٤) (قوله : كما لو قال رَهَنَّا عبدَنا هذا بالألفِ إلخ) ؛ لأنَّ الضَّمانَ توثِقَةٌ كالرَّهنِ ولأنَّهما لو كَفَلا رَجُلا لَزِمَ كُلًّا منهما إحضارُه .

(٥) (قوله : فإنَّ حِصَّةَ كُلٍّ منهما رَهنٌ بجَميعِ الألفِ) قال شيخُنا على رَأيٍ فيه والأصحُّ ......=

.... عبدَك (١) بالألفِ وجهانِ : أصحُّهما عندَ المتولِّي الأوَّلُ ، وصَوَّبَه السُّبكيُّ (٢) وبه أفتيتُ ، لأنَّ الضَّمانَ توثِقَةٌ كالرَّهْنِ قال المُتولِّي : ويُخالِفُ الشِّراءَ ؛ لأنَّ الثمَنَ عِوضُ المِلكِ فبقدرِ ما يحْصُلُ لِلمُشتري من المِلكِ يجِبُ عليه من الثمَنِ بخلافِ الضَّمانِ لا مُعاوضَةَ فيه ، وقال بالثاني الماورديُّ والبنْدَنيجيّ والرُّويانيُّ ، قال
٢/٢٥٠ الأذْرَعيُّ : والقلبُ إليه أميلُ (٣) / لأنَّه اليقِينُ وشَغلُ ذمَّةِ كُلِّ واحدٍ بالزَّائدِ مَشكوكٌ فيه .

(وإنْ ضَمِنَ الثمَنَ) مَثَلا لِلبائعِ **(بالإذْنِ وأدَّاه)** له **(ثُم انفسَخَ العقدُ)** بتلَفِ المبيعِ قبلَ القبضِ أو بردِّه بعَيْبٍ أو غيرِهما **(رَجَعَ على الأصيلِ)** بما أدَّاه **(و)** رَجَعَ **(الأصيلُ على البائعِ بما أخَذَه)** بأنْ يرجِعَ فيه بعَيْنِه إنْ كان باقِيًا وببَدَلِه إنْ كان تالِفًا **(وليس له)** أي لِلبائعِ **(إمساكُه)** أي ما أخَذَه **(وردُّ بَدَلِه)** كما لو رَدَّ المبيعَ بعَيْبٍ وعَيَّنَ ثَمَنَه عندَ البائعِ فأرادَ إمساكَه ورَدَّ مِثلِه ولِلتَّعليلِ الآتي . **(وليس لِلضَّامِنِ مُطالبَةُ البائعِ)** بما أخَذَه **(لأنَّ الأداءَ)** منه **(يتضَمَّنُ إقراضَ المضمونِ**

= فيه أيضًا التقسيطُ .

(١) (قوله : أو لِنِصفِها كَقولِهما اشترَيْنا عبدَك إلخ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : وصَوَّبَه السُّبكيُّ) أي وصحَّحَه البُلقِينيُّ وأفتى به فُقَهاءُ عَصْرِ السُّبكيِّ وقال ابنُ أبي الدَّمِ : لا وجهَ لِهذا .

(٣) (قوله : قال الأذرَعيُّ : والقلبُ إليه أميلُ إلخ) وبه أفتيت عندَ دَعوى الضَّامِنَيْنِ ذلك ، وحَلِفِهما عليه ؛ لأنَّ اللَّفظَ ظاهرٌ فيه فس وبالتبعيضِ قَطَعَ الشيخُ أبو حامِدٍ في تعليقِه فقال إنَّ رَجُلَيْنِ لو ضَمِنا لِرَجُلٍ ألفًا كان كُلُّ واحدٍ منهما ضامِنًا لِخَمسِمِائَةٍ ولا يكونُ ضامِنًا لِكُلِّ الألفِ ؛ لأنَّ عَقدَ الرَّجُلَيْنِ مع الرَّجُلِ بمَنْزِلَةِ العقدَيْنِ ، ومِثلُه ما قال الماورديُّ ؛ لأنَّ الضَّامِنَيْنِ كالعاقِدَيْنِ فذلك يتبعَّضُ ، وكذلك الرَّهْنُ إذا كانا في عَقدٍ كان مُتبعِّضًا كالضَّامِنَيْنِ وتابَعَه صاحِبُ البحرِ فقال في ثَلاثةٍ ضَمِنوا ألفًا : إنَّه لا يلزَمُ كُلَّ واحدٍ إلا ثُلُثُ الألفِ إلا أنْ يقولوا : إنَّ كُلَّ واحدٍ ضامِنٌ لِجَميعِه ، ومِثلُه ما في شرحِ الكِفايةِ لِلصَّيْمَريِّ لو ضَمِنَ عَشَرَةٌ عن زَيْدٍ لِعَمرٍو ألفًا كانت بينهم على رُءُوسِهم إلا أنْ يشرِطوا ذلك مُتفاضِلا فيجوزُ ا هـ ويُؤَيِّدُه أنَّه إذا قال : ألقِ مَتاعَك في البحرِ ، وأنا ورُكَّابُ السَّفينَةِ ضامِنونَ ، وأطْلَقَ حُمِلَ على التقسيطِ ولَزِمَه ما يخُصُّه فقطْ وقال ابنُ أبي الدَّمِ : الصَّحيحُ عندي ، والعمَلُ عليه أنَّه لا يُطالَبُ كُلُّ واحدٍ منهما إلا بنِصفِ الدَّيْنِ ، ولا أعلَمُ لِلأوَّلِ وجهًا فإنَّ الضَّمانَ إنْشاءُ عَقدٍ فهو كما لو قالا : اشترَيْنا عبدَك بألفٍ ولو كان قولُهما جميعًا ضِمنًا ضِمنًا يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ قولِ كُلِّ واحدٍ منهما ضَمِنت جَميعَ الألفِ لَلَزِمَ مِثلُه في الشِّراءِ ، وقال الزَّركَشيُّ : إنَّه المُتَّجه ؛ لأنَّه اليقِينُ ، وشَغلُ ذمَّةِ كُلِّ واحدٍ منهما بالزَّائدِ مَشكوكٌ فيه .

عنه) ما أدَّاه (وتملَّكه) إيَّاه . (وإنْ ضَمِنَ) الثمنَ ، وفي نُسخةٍ ضَمِنَه (بلا إذْنٍ) وأدَّاه لِلبائعِ ثم انفسَخَ العقدُ (لَمْ يرجِع على الأصيلِ ، وعلى البائعِ رَدُّه ولَمْ يرِد فيه الخلافُ في الصَّداقِ المتبرِّعِ به) إذا طلَّقَ الزَّوجُ قبلَ الدُّخولِ فيرُدُّ إلى الأصيلِ إنْ كان صَغيرًا أو نحوه والمتبرِّعُ أبًا وإلا فإلى المتبرِّعِ ، وتقدَّمَ إيضاحُه في أواخرِ باب خيارِ النقصِ ، أمَّا إذا انفسَخَ العقدُ قبلَ أداءِ الضَّامِنِ فيبرأُ هو والأصيلُ (وإنْ أقرَضَهما) مَثَلا (عَشَرَةً وتضامَنا) بأنْ ضَمِنَ كُلٌّ منهما الآخَرَ (بالإذْنِ) منه (فله مُطالَبَتُهما) جميعًا ، أو مَنْ شاءَ منهما بها (فإنْ أدَّاها أحدُهما برِئا وطالَبَ صاحِبَه بخَمسَةٍ) لإذْنِه له في ضَمانِه (وإنْ أدَّى كُلٌّ) منهما (خَمسَةً عن نفسِه برِئَ) ولا رُجوعَ له على الآخَرِ (أو) أدَّاها (عن صاحِبه تقاصًّا) وبرِئا (ولو أدَّى أحدُهما خَمسَةً ولَمْ يقصِد شيئًا) من نفسِه وصاحِبه (صَرَفها عمَّنْ شاءَ) منهما وإنْ قَصَدَ نفسَه برِئَ ممَّا عليه وصاحِبُه من ضَمانِه وبَقِي على صاحِبه ما كان عليه ، والمُؤَدِّي ضامِنٌ له ، أو قَصَدَ صاحِبَه رَجَعَ بها عليه وبَقِي عليه ما كان عليه وصاحِبُه ضامِنٌ له أو قَصَدَهما فلِكُلٍّ نِصفُ حُكمِه صَرَّحَ بذلك الأصلُ .

(ولو قال) المُؤَدِّي لها قَصَدت نفسي فقال له (المُستحِقُّ) : بل (قَصَدت صاحِبَك لحَلَفَ له المُؤَدِّي لم تسقُطْ عنه خَمسَةُ صاحِبه) وبَرِئَ من خَمسَته ، وعَبَّرَ الأصلُ بَدَلَ فحَلَفَ إلى آخرِه بقولِه : صُدِّقَ المُؤَدِّي بيمينِه فإنْ حَلَف بَرِئَ ممَّا عليه ، لكنْ لِرَبِّ الدَّيْنِ مُطالَبَتُه بخَمسَةٍ على الصَّحيحِ لأنَّ عليه خَمسَةً أُخرى إمَّا بالأصالَةِ ، وإمَّا بالضَّمانِ .

(وإنْ أبرَأ) المُستحِقُّ (أحدَهما عن العشَرَةِ) بَرِئَ أصلا وضَمانًا ، و (بَقِي على صاحِبه خَمسَةٌ) أي الخَمسَةُ المُتأصِّلَةُ عليه وبَرِئَ من الأُخرَى (وإنْ أبرَأَه عن الخَمسَةِ المُتأصِّلَةِ) عليه بَرِئَ منها وصاحِبُه من ضَمانِها ، و (طالَبَ) المُستحِقُّ (بالخَمسَةِ الباقِيةِ مَنْ شاءَ منهما أو) أبرَأه (عن خَمسَةِ الضَّمانِ) بَرِئَ منها (وبَقِي عليه خَمسَةُ الأصلِ ، وعلى صاحِبه الجميعُ) أي الأصلُ والضَّمانُ (وإنْ جعَلها) أي البراءَةَ من الخَمسَةِ (عن الجِهَتَيْنِ) أي الأصلِ والضَّمانِ (طالَبَه) أي المُبرأُ (بخَمسَةٍ) فقَطْ لِبَراءَته من نِصفِ الأصلِ ونِصفِ الضَّمانِ (و) طالَبَ (صاحِبَه بسَبعَةٍ ونِصفٍ) فقَطْ لِبَراءَته من نِصفِ الضَّمانِ ، فإنْ لم يقصِد شيئًا صَرَفها إلى مَنْ شاءَ منهما . ولو قال المُبرِئُ : أبرَأتُك عن الضَّمانِ ، فقال : بل عن الأصلِ صُدِّقَ

المُبرئُ ، صَرَّحَ بذلك الأصلُ ، وتصديقُ المُبرئِ يقتضي أنَّه لا يُشترَطُ في صِحَّةِ البراءَةِ عِلمُ المُبرأِ بقدرِ الدَّيْنِ لِتضَمُّنِه صِحَّتَها مع الإبهامِ ، والحُكمُ في الأمرَيْنِ واحدٌ .

(وإنِ ادَّعَى ألفًا من ثَمَنِ عبدٍ) مَثَلا **(على حاضِرٍ وغائِبٍ وأنَّهما تضامَنا)** بالإذنِ أو أنَّ الحاضِرَ فقَطْ ضَمِنَ بالإذنِ وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، أو أقرَّ الحاضِرُ ، وأقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً لِلإثباتِ على الغائِبِ **(فسَلَّمَ)** له **(الحاضِرُ الألفَ رَجَعَ على الغائِبِ بالنِّصفِ إنْ لم يحصُلْ منه تكذيبٌ لِلبَيِّنَةِ)** وإلا كأنْ قال ما اشتَرَيْنا شيئًا فلا يرجِعُ عليه ، لأنَّه مَظلومٌ بزَعمِه فلا يُطالِبُ غيرَ ظالِمِه .

(فرعٌ) لو **(أدَّى الضَّامِنُ)** ما ضَمِنَه في غيبةِ الأصيلِ **(ولَم يشهَد)** به ولَم يُقِرَّ به الغريمُ **(لَم يرجِع** [1] **ولو صَدَّقَه الأصيلُ)** لأنَّه لم ينتفِع بأدائِه إذ الطَّلَبُ بحالِه وهذا يُغني عنه الشِّقُّ الثاني من قولِه **(فإنْ كان)** الأداءُ **(بحُضورِه)** أي الأصيلِ **(أو أقرَّ الغريمُ رَجَعَ)** الضَّامِنُ لأنَّ الأصيلَ إذا كان حاضِرًا كان أولى بالاحتياطِ ، فالتقصيرُ بتركِ الإشهادِ مَنسوبٌ إليه فأشبَهَ ما لو أمَرَه بتركِه فترَكَه وإذا أقرَّ الغريمُ [2]
٢٥١/٢ بالأداءِ / سَقَطَت المُطالَبةُ عن الأصيلِ فإنَّه أقوى من البيِّنَةِ **(وإلا)** بأنْ لم يكُنِ الأداءُ بحُضورِ الأصيلِ ولَم يُقِرَّ به الغريمُ **(فلا)** رُجوعَ لِلضَّامِنِ ، لأنَّه المُقصِّرُ بتركِ الإشهادِ مع كونِ الأصلِ هو ما يدَّعيه الأصلُ **(وكذا يرجِعُ)** إنْ أشهَدَ **(ولو أشهَدَ**

---

(١) (قوله : فرعٌ أدَّى الضَّامِنُ ولَم يُقِرَّ لَم يرجِع) أمَّا لو قال له الأصيلُ : لا تشهَد فلَم يشهَد لَم يكُنْ مُفرِّطًا ، قال الدَّارِميُّ وغيرُه : وهو الصَّحيحُ .

(٢) (قوله : أو أقرَّ الغريمُ إلخ) وهو المضمونُ له أو ورَثَتُه المُطلَقو التصَرُّفِ ، وهل تصديقُ الإمامِ حيثُ يكونُ الدَّيْنُ لِبَيْتِ المالِ كَتصديقِ الوارِثِ الخاصِّ أو تصديقِ غُرَماءِ مَنْ مات مُفلِسًا كَتصديقِ رَبِّ الدَّيْنِ قال الأذْرَعِيُّ : لَم أرَ فيه شيئًا ، وهو موضِعُ تأمُّلٍ قال والِدي : والظَّاهِرُ عَدَمُ الإلحاقِ ، لأنَّ المالَ لِغيرِه فس وقولُه : قال والِدي والظَّاهِرُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(فرعٌ) : لو ادَّعَى الضَّامِنُ أنَّ المضمونَ له أبرَأه عن ضَمانِه ، وأنكَرَه فأحضَرَ الضَّامِنُ شاهِدَيْنِ أحدُهما المضمونُ عنه ففي البيانِ عن الصَّيْمَرِيِّ أنَّه إنْ لَم يأمُره بالضَّمانِ عنه قُبِلَتْ شَهادَتُه ، وإلا لَم تُقبل ، وحَكاه في البحرِ أيضًا ، وفي فتاوى القفَّالِ : لو ضَمِنَ مالا ودَفعَه ثم أنكَرَ رَبُّ الدَّيْنِ وطالَبَ الأصيلَ بالحقِّ فإنَّ الضَّامِنَ يسَعُه فيما بينه وبين الله - تعالى أن يشهَدَ أنَّه استوفى الحقَّ المُدَّعَى به ، ولا يقولُ : مِنِّي كالرُّفقَةِ يشهَدونَ على جَماعَةٍ أنَّهم قَطَعوا الطَّريقَ على هَؤُلاءِ تُقبَلُ ، ولو قالوا : علينا لَم تُقبل قال شيخُنا : وصورَةُ المسألَةِ أنَّ الضَّمانَ ليس بظاهِرٍ وإلا فلا تُقبَلُ لِظُهورِ تُهمَتِه .

واحدًا ليحلِف معه) (١) ، إذ الشاهدُ مع اليمينِ حُجَّةٌ كافيةٌ ، ولا يضرُّ احتمالُ الرَّفعِ إلى حَنَفيٍّ كما لا يضرُّ غيبَتُه ولا موتُه ، لأنَّه أتى بما عليه (أو) أشهَدَ (مَستورَيْنِ فبانا فاسِقَيْنِ) لإتيانِه بحُجَّةٍ ولِتعذُّرِ اطِّلاعِه على الباطِنِ (٢) فكان مَعذورًا (فلو قال : أشهَدت) بالأداءِ شُهودًا (وماتوا) أو غابوا أو طَرأَ فِسقُهم (فكذَّبه الأصيلُ) في الإشهادِ (فالقولُ قولُ الأصيلِ) بيمينِه فلا رُجوعَ عليه ، لأنَّ الأصلَ عَدَمُ بَراءةِ ذمَّته وعَدَمُ الإشهادِ ، بخلافِ ما إذا صَدَّقَه الأصيلُ يرجِعُ ، لأنَّه أتى بما عليه .

(وإنْ كذَّبَه الشُّهودُ فكما لو لم يُشهِدْ) فلا يرجِعُ ، بخلافِ ما لو أقرَّت امرأةٌ بنِكاحٍ بحَضرَةِ شاهدَيْنِ فكذَّباها لا يقدَحُ في إقرارِها ، لأنَّها أقرَّت بحَقٍّ عليها فلَم يلغُ بإنكارِهما ، وهذا يُريدُ أن يُثبت له حَقًّا (وإنْ قالوا) لا نَدري ورُبَّما (نَسينا ، فتَردَّدَ) الإمامُ فيه (٣) ثم رَجَّحَ عَدَمَ الرُّجوعِ (٤) ، وجَعله أولى بذلك من دَعواه موت الشاهدِ (٥) .

(ولا يكفي إشهادُ مَنْ يُسافِرُ قَريبًا) ، إذْ لا يُفضي إلى المقصودِ ، ومَتى لم يشهَد بالأداءِ (فإنْ حَلَف المستحِقُّ) على عَدَمِه (وأخَذَ من الأصيلِ فذاكَ) واضِحٌ (أو من الضَّامِنِ) مَرَّةً (ثانيةً رَجَعَ) الضَّامِنُ على الأصيلِ (بأقلِّهما) ، لأنَّه إن كان الأوَّلَ فهو مُدَّعاه ، لأنَّه يزعُمُ أنَّه مَظلومٌ بالثاني ، أو الثاني فهو المُبرئُ ولأنَّ الأصلَ بَراءَةُ ذمَّةِ الأصيلِ من الزَّائِدِ وكالضَّامِنِ فيما ذُكِرَ المؤدِّي بالإذنِ كما صَرَّحَ به الأصلُ .

---

(١) (قوله : ولو أشهَدَ واحدًا ليحلِف معه) قال في الخادِمِ : أُحترِزَ بقولِه : ليحلِف معه عمَّا لو اقتصَرَ على الشهادَةِ ، ولَم يُرِد أن يحلِف معه ، فهو كمَن لَم يشهَد قَطَعَ به الماورديُّ وغيرُه ، وكان المُرادُ امتناعَه من الحلِفِ معه عندَ الحاجةِ لا العزمَ على عَدَمِ الحلِفِ عندَ الأداءِ فقَطْ ، وقولُه وكان المُرادُ إلخ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : ولِتعذُّرِ اطِّلاعِه على الباطِنِ إلخ) لأنَّ طَلَبَ الاستزكاءَ ، ومَعرِفةَ باطِنِ أحوالِ الشُّهودِ من مَنصِبِ الحاكِمِ فلا يُنسَبُ في تركِه إلى تقصيرٍ .

(٣) (قوله : فتردَّدَ الإمامُ فيه) ظاهرُ كلامِ الإمامِ أنَّ التردُّدَ لِلأصحابِ ، ولِهذا صَرَّحَ في البسيطِ بأنَّهما وجهانِ .

(٤) (قوله : ثم رَجَّحَ عَدَمَ الرُّجوعِ) أشارَ إلى تصحيحِه .

(٥) (قوله : وجَعله أولى بذلك من دَعواه موت الشاهدِ) قال شيخُنا : مَعلومٌ أنَّ المُرجَّحَ في موت الشاهدِ رُجوعُه لكونِهم صَرَّحوا بأنَّ أولى لا تستلزِمُ مُساواةَ حُكْمِ ما بعدَها لِما قبلها وحينَئِذٍ فلا يُقالُ : إنَّه مُفرَّعٌ على ضعيفٍ .

(فصلٌ : ضمانُ المريضِ) مَرَضَ الموت مُعتبرٌ (من رَأسِ المالِ [١] إلا) إنْ كان الضَّمانُ (عن) شَخصٍ (مُعسِرٍ) عندَ موت الضَّامِنِ (أو حيثُ لا رُجوعَ فإنَّه) مُعتبرٌ (من الثُّلُث) كما مَرَّ ذلك ما عَدا مَسأَلَةَ المُعسِرِ أوائِلَ الباب ، ولا يُعتبَرُ موتُ المعُسِرِ ، وإنِ اقتضاه كلامُ الأصلِ (فإنْ خَرَجَ بعضُه) أي بعضُ ما ضَمِنَه (من الثُّلُثِ صحيحٌ فيه فقط) تفريقًا لِلصَّفقَةِ (ويبطُلُ) الضَّمانُ (باستغراقِ الدَّينِ) الذي على الضَّامِنِ ، وفي نُسخَةٍ : ويبطُلُ بدَينٍ عليه يستغرِقُ (التركَةَ) ، قال في المُهمَّات : وهذا مَردودٌ بل [٢] القاعِدَةُ تقتضي صِحَّته ويتوقَّفُ تنفيذُه على وقت الموت ، فإنْ حَصَلَت البراءَةُ من الدَّينِ أو مالٍ آخَرَ أو أجازَه من المُستحِقِّ استمَرَّتْ صِحَّتُه ، وإلا حُكِمَ ببطلانِه ، وما قاله يأتي فيما ذُكِرَ من البُطلانِ فيما إذا لم يخرُجْ من الثُّلُثِ إلا البعضُ ، ولعَلَّ ما قاله هو مُرادُ مَنْ عَبَّرَ بالبُطلانِ (فإنْ ضَمِنَ المريضُ) بالإذنِ (تسعينَ ثم مات وخلَّف مِثلَها ، وخلَّف الأصيلُ) بعدَ موته (نصفَها) خمسةً وأربعينَ (فإنْ شاءَ الغريمُ أخَذَ ترِكَةَ الأصيلِ وأخَذَ ثُلُثَ ترِكَةِ الضَّامِنِ ، وهي) الأولى وهو أي ثُلُثُها (ثلاثونَ ، وفات) عليه (الباقي) وهي خمسَةَ عَشَرَ ، وعليه لا دَوْرَ .

(وإنْ شاءَ أخَذَ من ترِكَةِ الضَّامِنِ سِتِّينَ وضارَبَ بها ورَثَته) مع الغريمِ (في ترِكَةِ الأصيلِ فيأخُذونَ ثلاثينَ ويأخُذُ) هو (خمسَةَ عَشَرَ) وعليه يلزَمُ الدَّوْرُ ؛ لأنَّ بعضَ ما يغرَمُه ورَثةُ الضَّامِنِ يرجِعُ إليهم من ترِكَةِ الأصيلِ بالمُضارَبةِ فتزيدُ ترِكَةُ المريضِ فيزيدُ المغرومُ فيزيدُ الرَّاجِعُ ، وطَريقُ استخراجِه أنْ يقولَ : المأخوذُ/شيءٌ ٢٥٢/٢
والرَّاجِعُ مِثلُ نِصفِه ؛ إذ ترِكَةُ الأصيلِ نِصفُ ترِكَةِ الضَّامِنِ فالباقِي تسعونَ إلا نِصفَ

(١) (قوله : ضمانُ المريضِ من رَأسِ المالِ) قال البُلقِينيُّ : لكن إذا كان بحيثُ يثبُتُ الرُّجوعُ بعدَ الأجَلِ ، وقد تبَرَّعَ هو بالأداءِ فهل نَقولُ : يكونُ كالبيعِ بالمؤَجَّلِ أو يُفرَّقُ بأنَّه إذا انفسَخَ هناكَ البيعُ لا يعودُ بخلافِ هذا هذا مُحتمَلٌ ، وهو موضِعُ تأمُّلٍ ، وقولُه : فهل نَقولُ : يكونُ كالبيعِ بالمؤَجَّلِ أشارَ إلى تصحيحِه .

(٢) (قوله : قال في المُهمَّات : وهذا مَردودٌ إلخ) اعتراضُه مَردودٌ بأنَّ حَقيقَةَ الترِكَةِ المالُ المتروكُ بعدَ موت صاحِبه فمَعنَى استغراقِ الدَّينِ لها أنَّ صاحِبَه أخَذَ جميعَها بدَينِه ولمَّا كان هذا مَعنَى كلامِ الأصلِ وضَّحه المُصنِّفُ بتعبيرِه عنه بالمصدرِ ؛ لأنَّ مَدلوله الفِعلُ ، وكَتَبَ أيضًا مُرادَه بأنَّ عليه دَينًا مُستغرِقًا أي حالَةَ الموت لَم يبرأ عنه صاحِبُه وليس مُرادُه حالَةَ الضَّمانِ فإنَّا لا ندري هل يبقَى الدَّينُ أم لا وهل يستغرِقُ الترِكَةَ أم لا فإنَّ العِبرَةَ بحالَةِ الموت ، والمالُ يغدو ويروحُ . غ .

شيءٍ يعدِلُ مِثلَ ما فات بالضَّمانِ وهو نِصْفُ شيءٍ فَمِثلاهُ شيءٌ ، فالباقِي يعدِلُ شيئًا فإذا جَبَرنا وقابلنا عَدَلَتْ تسعونَ شيئًا ونِصْفًا فيكونُ الشيءُ سِتِّينَ فيكونُ دَيْنًا لِورَثةِ الضَّامِنِ على الأصيلِ ، وقد بَقِي لِلغَريمِ ثلاثونَ فيتضارَبونَ بمالِهم في تِركَته بسَهمَيْنِ وسَهمٍ ، وتركَتُه خَمسَةٌ وأربَعونَ يأخُذُ منها الورَثةُ ثَلاثينَ والغَريمُ خَمسَةَ عَشَرَ ، ويتعَطَّلُ عليه قدرُها ، ويكونُ الحاصِلُ لِلورَثةِ سِتِّينَ نِصفُها بَقِي عندَهم ، ونِصفُها من تركَةِ الأصيلِ ، وذلك مَثَلا ما فات عليهم ويقَعُ الفائِتُ في حالَتيِ الدَّورِ وعَدَمِه تبَرُّعًا إذا لم يجِدوا مَرجِعًا .

(وإنْ خَلَّف الأصيلُ ثَلاثينَ فأخَذَها) الغريمُ **(أعطَى من تركَةِ الضَّامِنِ ثَلاثينَ)** ولا دَورَ **(وإنْ أخَذَ من تركَةِ الضَّامِنِ أخَذَ خَمسَةً وأربَعينَ ورجَعَ ورَثتُه في تركَةِ الأصيلِ بخَمسَةَ عَشَرَ ، والباقِي لِلغَريمِ)** وعليه يلزَمُ الدَّورُ [(١)] ، وطَريقُ استخراجِ ذلك أنْ يُقالَ [(٢)] : المأخوذُ شيءٌ والرَّاجِعُ مِثلُ ثُلثِه ، إذْ تركَةُ الأصيلِ ثُلثُ تركَةِ الضَّامِنِ فالباقِي تسعونَ إلا ثُلثَيْ شيءٍ يعدِلُ مِثلَيْ ما فات بالضَّمانِ وهو ثُلثا شيءٍ فَمِثلاه شيءٌ وثُلثٌ ، فالباقِي يعدِلُ شيئًا وثُلثًا ، فإذا جَبَرنا وقابلنا عَدَلَتْ تسعونَ شيئَيْنِ ، فيكونُ الشيءُ خَمسَةً وأربَعينَ ويكونُ دَيْنًا لِورَثةِ الضَّامِنِ على الأصيلِ . ويبقَى مِثلُه لِلغَريمِ فيتضارَبونَ بما لهم في تِركَته بسَهمٍ وسَهمٍ فيُجعَلُ بينهما مُناصَفةً ، ويكونُ الحاصِلُ لِلورَثةِ خَمسَةَ عَشَرَ ، ومعهم خَمسَةٌ وأربَعونَ وذلك مَثَلا ما فات عليهم ، ويقَعُ الفائِتُ تبَرُّعًا لِما مَرَّ .

(فإنْ خَلَّف الأصيلُ سِتِّينَ وأخَذَها) الغريمُ **(أخَذَ من تركَةِ الضَّامِنِ ثَلاثينَ**

---

(١) (قوله : وعليه يلزَمُ الدَّورُ) قال الكوهكيلوني دفعُ الدَّورِ رُبَّما سَنَحَ لي ، وهو أن تأخُذَ مَخرَجَ الكَسرِ الذي حَصَلَت النِّسبةُ به بين تركَةِ الأصيلِ والدَّيْنِ ، وتأخُذَ الكَسرَ منه وتنسُبَه إلى الباقِي من المخرَجِ وتزيدَ على ثُلثِ تركَةِ الضَّامِنِ تلك النِّسبةَ ، ويدفعَ إلى المضمونِ له ففي الأُولى تنسُبُ واحدًا إلى واحدٍ ، وتزيدُ على الثُّلثِ مِثله فيُدفعُ إلى المضمونِ له فيكونُ سِتِّينَ ، وفي الثانيةِ تنسُبُ واحدًا إلى اثنَيْنِ ، وتزيدُ نِصفَ ثُلثِ التركَةِ عليه وهو خَمسَةٌ وأربَعونَ ويدفعُها إليه .

(٢) (قوله : وطَريقُ استخراجِ ذلك أنْ يُقالَ إلخ) ضابطُه أن يأخُذَ المُستحِقُّ من تركَةِ الضَّامِنِ ما يزيدُ على ثُلثِها بمِقدارِ نِسبتِه إلى كُلِّ المأخوذِ كَنِسبةِ تركَةِ الأصيلِ إلى الدَّيْنِ وطَريقُه أنْ يُزادَ من الثُّلُثِ بعَدَدِ الكَسرِ الذي ناسَبَتْ به تركَةُ الأصيلِ الدَّيْنَ على الثُّلُثِ ما فوقَ ذلك الكَسرِ بعَدَدِه ، فإنْ كانت النِّسبةُ بالنِّصفِ يُزادُ على الثُّلثِ مِثلُه ، وإنْ كانت بالثُّلثِ يُزادُ على الثُّلُثِ نِصفٌ وإنْ كانتْ بالخمسينَ يُزادُ على الثُّلثِ ثُلثاه وعلى هذا .

أو أخَذَ كُلَّ تركَةِ الضَّامِنِ وأخَذَ ورَثَتُه) أي الضَّامِنِ (كُلَّ تركَةِ الأصيلِ) ويقَعُ الباقِي تبرُّعًا (١) ولا دَوْرَ مُطْلَقًا ، لِوفاءِ تركَةِ الأصيلِ بثُلُثَي الدَّيْنِ ، فمَحَلُّ لزومِ الدَّوْرِ إذا ضَمِنَ المريضُ بالإذْنِ وأخَذَ الغريمُ أوَّلا من تركَتِه ، ولَم تفِ تركَةُ الأصيلِ بثُلُثَي الدَّيْنِ .

(تنبيهٌ) قد يُقالُ : ما ذكروه من أنَّ له الأخذَ من تركَةِ الضَّامِنِ أوَّلا لِما زادَ على الثُّلُثِ مُخالِفٌ لِما يأتي في الوصيَّةِ من أنَّ تسَلُّطَ الموصَى له يتوقَّفُ على تسَلُّطِ الورَثةِ على مِثلَيْ ما تسَلَّطَ هو عليه فيما لو أوصَى له بعَيْنٍ حاضِرَةٍ تخرُجُ من الثُّلُثِ ، وباقِي مالِه غائِبٌ . ويُجابُ بأنَّ المرجِعَ الموجودَ هنا حاضِرٌ فهو كما لو لم يغِب باقِي مالِه في تلك الصُّورَةِ .

(فرعٌ) باعَ من اثنَيْنِ شيئًا وشَرَطَ أنْ يكونَ كُلٌّ منهما ضامِنًا لِلآخَرِ بَطَلَ البيعُ ، قال السُّبكِيُّ : ورأيتُ ابنَ الرِّفعَةِ في حِسبَته يمنَعُ أهلَ سوقِ الرَّقِيقِ من البيعِ مُسلِمًا ، ومَعناه إلزامُ المشتري بما يلحَقُ البائِعَ من الدَّلالَةِ وغيرِها ، قال : ولَعَلَّه أخَذَه من هذه المسألَةِ ، ولا يختَصُّ ذلك بالرَّقِيقِ وهذا إذا كان مجهولا ، فإنْ كان مَعلومًا فلا ، وكأنَّه جَعله جُزءًا من الثمَنِ بخلافِ مَسألَةِ ضَمانِ أحدِ المُشتريَيْنِ لِلآخَرِ لا يُمكِنُ فيها ذلك ، قال الأذرَعِيُّ : لكنَّه هنا شَرَطَ عليه أمرًا آخَرَ ، وهو أنْ يدفعَ كذا إلى جِهَةِ كذا فينبَغي أنْ يكونَ مُبطِلا مُطْلَقًا .

* * *

(١) (قوله : ويقَعُ لِلباقِي تبرُّعًا) قال جَلالُ الدِّينِ البُلقِينِيُّ : فائِدَةٌ لَمْ أرَ مَنْ ذكَرَها إذا مات إنسانٌ وعليه دُيونٌ لا يفِي بها مالُه وكان ببعضِها ضامِنٌ فضارَبَ صاحِبُ الدَّيْنِ مع الغُرَماءِ وأخَذَ بالحِصَّةِ ثم أرادَ الرُّجوعَ على الضَّامِنِ بالقدرِ الباقِي فله ذلك وإذا غرِمَ وكان الضَّمانُ بحيثُ يثبُتُ الرُّجوعُ لا رُجوعَ فيما ظَهَرَ لي وشاهدُه قولُهم في ابتداءِ الفصلِ : إنَّه إذا شاءَ أخَذَ تركَةَ الأصيلِ كُلَّها ورَجَعَ على ورَثةِ الضَّامِنِ بالباقِي ، ويقَعُ ذلك تبرُّعًا ؛ لأنَّهم لَم يجِدوا مَرجِعًا ، وقَضيَّةُ ذلك أنْ لا يُجْعل كغريمٍ ظَهَرَ حتى يصيرَ شَريكًا لِصاحِب الدَّيْنِ في القدرِ الذي أخَذَه ويطَّرِدُ ذلك في المُفْلِسِ إذا قَسَّمَ مالَه بين الغُرَماءِ ، وكان على بعضِهم ضامِنٌ فرَجَعَ عليه بقدرِ ما بَقِي لا يُجْعَلُ ذلك كدَيْنٍ حادِثٍ حتى يرجِعَ الخصْمُ ، ولَمْ أرَ مَنْ تعَرَّضَ لِذلك ، ودَليلُه أنَّه يلزَمُ من رُجوعِ الضَّامِنِ زيادَةُ صاحِب الدَّيْنِ الذي به ضامِنٌ على الدُّيونِ التي لا ضامِنَ بها وذلك مُحالٌ .

فهرس محتويات

الجزء الرابع

مـــن

أسنى المطالب

شرح روض الطالب

* * *